

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

Le lien causal, aujourd'hui et demain

Cataldo, Andréa; Pütz, Audrey

Published in:

Les grandes évolutions du droit des obligations

Publication date:

2019

Document Version

le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Cataldo, A & Pütz, A 2019, Le lien causal, aujourd'hui et demain. Dans *Les grandes évolutions du droit des obligations*. Anthemis, Limal, p. 87-127.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Le lien causal, aujourd'hui et demain

Andrea CATALDO

Maître de conférences à l'UNamur

Avocat au barreau de Namur

Audrey Pütz

Maître de conférences à l'UNamur

Avocate au barreau du Brabant wallon

Introduction

La causalité est centrale dans le droit de la responsabilité, à double titre : par la place qu'elle occupe entre la faute et le dommage et par son caractère commun à tous les régimes¹. À défaut de démontrer que le dommage qu'elle subit est en relation causale avec un fait générateur de responsabilité, la victime doit en supporter la charge. Si la logique conduit à rendre un auteur responsable des seules conséquences du fait commis et dont il doit répondre, il convient d'encadrer cette démonstration par un raisonnement juridique, lequel doit être suffisamment souple pour rencontrer la diversité des situations, sans pour autant verser dans un cadre trop peu délimité et n'offrant pas la sécurité juridique attendue.

L'article 1382 du Code civil est peu explicite et retient la responsabilité de l'auteur de faits quelconques, considérés comme fautifs, qui « causent » un dommage à autrui². Ses rédacteurs n'ont donné aucune définition de la causalité et n'ont mentionné aucun critère de référence pour l'établir. Les travaux préparatoires du Code Napoléon sont tout aussi muets. On le sait, le travail des

¹ C'est la notion d'« implication » qui est retenue dans le cadre de l'article 29bis de la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs. Même si elle s'écarte des théories classiques de la causalité, il s'agit néanmoins toujours d'établir un lien entre l'outil créateur de risque (le véhicule) et le dommage. C'est davantage l'élément « faute » qui s'en trouve évacué.

² De même, selon l'article 1384, alinéa 1^{er}, « on est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre ou des choses que l'on a sous sa garde ».

auteurs et des magistrats est essentiel pour poser des bases et faire évoluer les principes de manière à ce que ceux-ci répondent aux évolutions technologiques et socio-économiques. La difficulté dans l'adoption des règles se situe notamment dans la confrontation entre questions techniques et choix de politique juridique. Les réponses varient dès lors selon les conceptions de chaque ordre juridique. Les projets de réforme actuellement menés en France³ et en Belgique⁴ en témoignent. Malgré un code originaire commun, les interprétations sont divergentes à plusieurs égards et les modifications envisagées démontrent un angle d'approche différent, qui se dégage notamment du nombre d'articles consacrés de part et d'autre à la problématique du lien causal.

La présente contribution⁵ entend aborder celle-ci au départ de trois questions, développées dans des sections distinctes. Nous revenons d'abord sur les apports et limites des théories classiques de la causalité (section 1), avant de traiter des difficultés liées à la causalité incertaine (section 2) et à la causalité partagée (section 3). Nous en profitons pour analyser l'avant-projet de loi dans sa dernière version.

Section 1

Les théories de la causalité – l'équivalence des conditions, ses apports et ses limites

La problématique du lien de causalité consiste à définir un champ raisonnable, pour que le rapport entre la faute et le dommage n'apparaisse trop étendu. Ce rapport doit donc être suffisamment pertinent. Plusieurs théories d'appréciation du lien causal ont été proposées à travers l'histoire et les systèmes juridiques⁶. Nous revenons, dans cette première section, sur les plus marquantes⁷. Le droit belge reste attaché depuis longtemps à la théorie de

l'équivalence des conditions (sous-section 1). La tentation de recourir à une causalité adéquate est cependant visible (sous-section 2).

Sous-section 1

L'équivalence des conditions : le principe consacré

§ 1. Définition

Théorie la plus libérale de la causalité, l'équivalence des conditions permet de prendre en considération une multitude de causes à l'origine du dommage, ce qui aboutit à un large champ de responsables. Proposée dans la seconde moitié du XIX^e siècle par l'auteur allemand von Buri, elle consiste à retenir le lien causal dès qu'il est établi que, sans le fait générateur considéré, le dommage ne se serait pas produit tel qu'il s'est réalisé *in concreto*. C'est le fameux test de la condition *sine qua non*. Il implique que toutes les causes nécessaires à la réalisation du dommage donnent lieu à responsabilité. Chaque faute est regardée individuellement, sans égard à l'incidence des autres causes, fautives ou non, qui ont éventuellement contribué à la réalisation du même préjudice⁸. «Toutes les conditions sont jugées équivalentes, puisque chacune d'elles a joué un rôle dans la survenance du dommage, quelle que soit leur gravité et quel que soit leur degré d'éloignement par rapport au dommage»⁹. Toute cause matérielle est ainsi également une cause juridique du dommage.

Le travail du juge consiste à identifier ce que le défendeur à l'action en responsabilité aurait dû faire pour agir régulièrement. Il doit faire abstraction de l'élément fautif dans l'historique du sinistre, sans en modifier les autres circonstances, et examiner si, en pareil cas, le dommage se serait également produit. Il n'y a pas de lien de causalité entre la faute et le dommage si le juge constate, ce faisant, que le dommage se serait produit de la même manière, ou s'il considère qu'une incertitude demeure quant à ce.

mage au cœur de cette affaire avait été causé par la faute d'un entrepreneur qui avait heurté une canalisation en béton. Ce dernier se défendait en reprochant à une autorité publique de lui avoir communiqué des plans inexacts, ce qui ne lui avait pas permis de bien localiser la canalisation finalement heurtée. La Cour d'appel de Liège avait retenu la seule responsabilité de l'entrepreneur au motif qu'il avait commis «la dernière faute en date» en ne prenant pas les précautions nécessaires pour éviter de percer cette canalisation. La Cour de cassation a cassé cette décision estimant que, par ce raisonnement, les juges d'appel avaient violé les articles 1382 et 1383 du Code civil. La condamnation de la théorie de la *causa proxima* est certaine tant en Belgique qu'en France (G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Traité de droit civil – Les conditions de la responsabilité*, 4^e éd., Paris, L.G.D.J., 2013, n° 340). On songe d'ailleurs à toutes les situations où une faute est commise par la victime en réaction à celle d'un tiers lui causant un dommage. L'application de la théorie de la *causa proxima* devrait conduire à une exonération du tiers, ce qui ne peut être accepté.

⁸ P. VAN OMMESELAGHE, *op. cit.*, p. 1556, n° 1092; cette idée se retrouve notamment à l'article 5.163 de l'avant-projet de réforme du Code civil (*infra*, § 4, p. 91).

⁹ I. DURANT, «À propos de ce lien qui doit unir la faute au dommage», in *Droit de la responsabilité – Morceaux choisis*, coll. Commission Université-Palais, vol. 68, Bruxelles, Larcier, 2004, p. 26, n° 11.

³ «Projet de réforme de la responsabilité civile présenté le 13 mars 2017 par le garde des Sceaux et ministre de la Justice, J.-J. URVOAS, suite à la consultation publique menée d'avril à juillet 2016, disponible sur http://www.justice.gouv.fr/publication/Projet_de_reforme_de_la_responsabilite_civile_13032017.pdf.

⁴ Avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil, rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, disponible sur <https://justice.belgium.be/fr/bwcc>.

⁵ Cette contribution s'appuie sur un rapport des mêmes auteurs qui sera prochainement publié chez Bruylant dans le cadre des travaux du GRERCA consacrés à *La réforme du droit de la responsabilité en France et en Belgique*, ayant donné lieu à deux journées d'études les 7 et 8 décembre 2018.

⁶ Voy. not. P. VAN OMMESELAGHE, *Traité de droit civil belge – tome II: Les obligations*, vol. 2, Bruxelles, Bruylant, 2013, pp. 1555-1560; J.-L. FAGNART, «La causalité», in *Responsabilité – Traité théorique et pratique*, t. I, liv. II, vol. 1, Waterloo, Kluwer, 2008, pp. 26-41.

⁷ Nous n'aborderons pas la théorie désuète de la *causa proxima*. Cette première théorie consiste à retenir la cause fautive ou le fait générateur le plus proche du dommage. Le fait générateur posé en dernier lieu avant la survenance du dommage est considéré comme à l'origine de celui-ci (J.-L. FAGNART, *op. cit.*, p. 33, n° 58). On ne peut que souligner l'injustice pouvant découler de l'application de cette théorie, et saluer l'arrêt de la Cour de cassation qui la condamne (Cass., 12 janvier 2007, R.D.C., 2007, p. 786, note C. VAN SCHOUWBROECK). Le dom-

§ 2. Consécration jurisprudentielle et doctrinale

La théorie de l'équivalence des conditions est la seule à avoir reçu l'approbation de la Cour de cassation, qui rappelle régulièrement son attachement au test de la condition *sine qua non*. Encore récemment, elle martèle que « Par ces considérations, qui n'impliquent pas que sans les fautes commises par l'assuré de la défenderesse, les dommages subis par le demandeur se seraient néanmoins produits tels qu'ils se sont réalisés, le jugement attaqué ne justifie pas légalement sa décision que ces fautes sont sans relation causale avec l'accident »¹⁰.

C'est peu dire que le raisonnement des juristes belges procède aujourd'hui du réflexe : la cause est assimilée à la condition nécessaire et la recherche de cette dernière se réduit à comparer la situation dommageable avec celle qui aurait été observée en l'absence du fait litigieux¹¹. Notre droit est ainsi « le seul qui pense pouvoir résoudre l'ensemble des problèmes de causalité à l'aide du seul test de la condition *sine qua non* »¹². Dans d'autres systèmes juridiques, une règle correctrice vient souvent tempérer les résultats obtenus en opérant une sélection additionnelle selon différents critères¹³. Officiellement, cette démarche sélective n'a pas droit de cité chez nous. Très favorable à la victime, l'équivalence des conditions a parfois été décrite comme une « mer sans rivages »¹⁴, tant elle permet une régression à l'infini dans la recherche des causes¹⁵. Elle a même été présentée comme « le système le plus extensif consacré par les droits occidentaux en la matière »¹⁶. C'est dans ce contexte que l'on a vu émerger, sous la plume d'Henri De Page, la théorie de la rupture du lien causal par l'interposition d'une cause juridique propre¹⁷, qui a vécu un temps avant d'être abandonnée par la Cour de cassation au début du XXI^e siècle au profit d'une analyse centrée sur le dommage réparable¹⁸.

¹⁰ Cass., 8 janvier 2018, R.G.A.R., 2019, n° 15471; Cass., 28 juin 2018, R.G.A.R., 2019, n° 15535.

¹¹ I. DURANT, *op. cit.*, p. 26.

¹² Exposé des motifs de l'avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil, rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018, p. 97, disponible sur <https://justice.belgium.be/fr/bwcc>.

¹³ I. DURANT, *op. cit.*, p. 16.

¹⁴ S. DAVID-CONSTANT, « Propos sur le problème de la causalité dans la responsabilité délictuelle et quasidélituelle », *J.T.*, 1988, p. 646, n° 4.

¹⁵ I. DURANT, « La causalité, simple trait d'union ou véritable variable d'ajustement ? », in *Droit des obligations : développements récents et pistes nouvelles*, coll. Commission Université-Palais, vol. 96, Bruxelles, Larcier, 2007, p. 43.

¹⁶ P. VAN OMMELAGHE, *op. cit.*, p. 1557.

¹⁷ « Le problème de la causalité en matière de responsabilité quasi délictuelle est essentiellement celui de la rupture du lien causal » (R.O. DALCQ, « La notion de causalité dans l'œuvre du professeur Henri De Page », *J.T.*, 1973, p. 750).

¹⁸ Cass., 19 février 2001 (quatre arrêts), *Pas.*, 2001, I, pp. 322, 327, 329, 333 et Cass., 20 février 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 335; X., *La rupture du lien causal ou l'avènement de l'action directe et le déclin du recours subrogatoire*,

§ 3. Consécration dans l'avant-projet de réforme du Code civil

L'article 5.162, alinéa 1^{er}, de l'avant-projet de réforme de la responsabilité civile¹⁹ pose le principe général de la causalité en ces termes :

« Le dommage doit être réparé si un fait générateur de responsabilité en est la cause. Tel est le cas lorsque le dommage ne serait pas survenu sans ce fait ou si le fait en question est la seule explication possible du dommage ».

La démarche est opposée à celle du projet de réforme français^{20, 21}. L'article 1239 à l'étude chez nos voisins ne dit finalement pas grand-chose : « La responsabilité suppose l'existence d'un lien de causalité entre le fait imputé au défendeur et le dommage. Le lien de causalité s'établit par tout moyen ». Antérieurement, le projet porté par le rapport Catala avait déjà considéré comme « illusoire de chercher à définir le lien de causalité par une formule générale »²². En Belgique, au contraire, le parti est donc pris de consacrer textuellement la théorie de l'équivalence des conditions pour la détermination du lien de causalité. L'avant-projet ajoute la possibilité de raisonner par déduction, en démontrant que le dommage ne peut s'expliquer par aucune autre cause que le fait litigieux²³.

§ 4. La problématique des causes suffisantes

Appliquée dans toute sa rigueur, la théorie montre très vite des limites. C'est le cas face à des causes distinctes mais suffisantes à la réalisation du dommage. Soit deux faits générateurs de responsabilité séparés, chacun étant, en soi et indépendamment de l'autre, suffisant pour causer le dommage tel qu'il

actes du colloque du 23 novembre 2007, Liège, Jeune Barreau de Liège, 2007. Pour une analyse de l'évolution de la jurisprudence depuis lors, voy. J.-C. THIRY, « Le chemin de croix du recours propre de l'employeur public », *C.R.A.*, 2017, pp. 4-17.

¹⁹ Avant-projet de loi portant insertion des dispositions relatives à la responsabilité extracontractuelle dans le nouveau Code civil, rédigé par la Commission de réforme du droit de la responsabilité instituée par l'arrêté ministériel du 30 septembre 2017, version du 22 août 2018.

²⁰ Projet de réforme de la responsabilité civile présenté le 13 mars 2017 par le garde des Sceaux et ministre de la Justice, J.-J. URVOAS, précité.

²¹ Tentative d'harmonisation européenne, le Draft Common Frame of Reference se borne pour sa part à déclarer : « A person causes legally relevant damage to another if the damage is to be regarded as a consequence of (a) that person's conduct; or (b) a source of danger for which that person is responsible » (art. VI-4:101).

²² Avant-projet de réforme du droit des obligations (articles 1101 à 1386 du Code civil) et du droit de la prescription (articles 2234 à 2281 du Code civil), Rapport au ministre de la Justice, 22 septembre 2005, p. 174, disponible sur <https://www.ladocumentationfrancaise.fr/var/storage/rapports-publics/054000622.pdf>.

²³ Ce type de raisonnement se retrouve notamment dans la jurisprudence relative au vice de la chose, voy. Cass., 7 octobre 2016, *R.W.*, 2017-2018, p. 624; J.-L. FAGNART, « La causalité », *op. cit.*, p. 88, n° 212.

s'est réalisé. On peut citer l'exemple de deux corps de métiers distincts qui, par leur retard fautif, empêchent la réception d'un chantier : l'indisponibilité de l'immeuble qui en résulte est autant imputable à l'un qu'à l'autre. Même chose face à différentes causes à l'origine de l'incendie d'un immeuble, qui aurait été ravagé de la même façon par une seule de ces causes. Une application stricte de l'équivalence des conditions pourrait permettre à chacun des auteurs des faits générateurs incriminés d'échapper à sa responsabilité en soutenant que, sans son intervention, le dommage se serait produit de la même façon par la faute d'un autre intervenant, ce qui n'est évidemment pas acceptable. D'après la doctrine, il convient alors de déroger à la règle qui veut que la faute soit une condition nécessaire du dommage²⁴.

L'avant-projet de réforme règle expressément la question dans un article 5.163 traitant du concours des causes suffisantes : « Un fait générateur de responsabilité qui serait une cause du dommage si un ou plusieurs autres faits qui constituent eux-mêmes une cause suffisante du dommage n'étaient pas survenus, est considéré comme une cause de celui-ci »²⁵. On corrige ainsi l'une des failles logiques du système de la condition *sine qua non*. La solution est la même que lorsque le fait générateur de responsabilité entre en concours avec un autre fait n'entraînant aucune responsabilité (phénomène naturel ou autre)²⁶, qui sera regardé comme une simple occasion de survenance du dommage²⁷.

§ 5. L'alternative légitime et son adéquation avec l'équivalence des conditions

La théorie de l'alternative légitime semble aller un pas plus loin dans la sélection causale. Son application aboutit, de prime abord, à écarter des causes pourtant nécessaires au regard de l'équivalence des conditions. Dans le raisonnement traditionnel, « le juge, qui recherche les conditions *sine qua non* en

appliquant la méthode de la différence, reconstruit mentalement le cours des événements en omettant le fait litigieux, mais en maintenant les autres conditions du récit »²⁸. On parle classiquement de la procédure d'élimination²⁹. Dans cette démarche, « le juge ne peut exclure l'existence du lien causal au motif que l'accident aurait également pu se produire dans des circonstances qui diffèrent des circonstances concrètes de l'espèce »³⁰. Si la faute consiste en une omission, il s'avère par contre impossible de raisonner par élimination. Le juge n'a d'autre solution que de substituer à l'omission fautive l'acte positif que l'auteur négligent aurait dû poser³¹. Un lien de causalité sera retenu dès l'instant où le dommage ne se serait pas produit de la même manière si l'auteur avait adopté le comportement positif attendu. L'alternative légitime invite, quant à elle, non seulement à éliminer, mais aussi à remplacer l'acte positif fautif par le comportement licite attendu de son auteur. Celui-ci n'est plus tenu que des conséquences qui ne se seraient pas produites en adoptant le bon comportement, sans pouvoir modifier encore une fois les autres circonstances concrètes de l'espèce³². On pourrait se contenter de supprimer le comportement fautif, ce qui très souvent amènerait à retenir le lien causal. Remplacer, dans les mêmes situations, le comportement fautif par le comportement licite, en procédant à une comparaison de leurs conséquences, donne au contraire des solutions plus nuancées.

Les accidents de la circulation sont un domaine d'application privilégié de l'alternative légitime, comme en atteste l'arrêt de principe³³ rendu par la Cour de cassation le 25 mars 1997 à propos d'une Jeep en stationnement irrégulier : la Cour avalise le raisonnement du juge du fond consistant à remplacer le comportement illicite, soit le stationnement, par un simple arrêt du véhicule, qui n'était pas interdit à l'endroit des faits. Elle considère que « sans modifier les

²⁸ I. DURANT, « À propos de ce lien qui doit unir la faute au dommage », *op. cit.*, p. 17, n° 7.

²⁹ H. BOCKEN, « Actuele problemen inzake het oorzakelijk verband », in *Rechthalen uit aansprakelijkheid*, cycle postuniversitaire Willy Delva, 1992-1993, Gand, Mys & Breesch, 1993, p. 95, n° 27 ; H. BOCKEN et I. BOONE, « Causaliteit in het Belgische recht », *T.P.R.*, 2002, p. 1635, n° 9.

³⁰ I. DURANT, « À propos de ce lien qui doit unir la faute au dommage », *op. cit.*, p. 19, qui cite la Cour de cassation : « Attendu qu'ainsi les juges d'appel ont déduit l'absence de lien causal entre l'infraction et le dommage de la considération que celui-ci aurait également pu se produire dans une hypothèse qui est étrangère aux circonstances concrètes de la cause dont ils étaient saisis ; qu'ils ont apprécié l'accident contrairement à ces circonstances et n'ont, dès lors, pas justifié légalement leur décision » (Cass., 28 mars 2001, R.G. n° P.00.1659.F).

³¹ J.-L. FAGNART, *op. cit.*, pp. 53 et 54, n° 119.

³² Voy. la remarquable étude de R. JAFFERALI, « L'alternative légitime dans l'appréciation du lien causal, corps étranger en droit belge de la responsabilité ? », in *Droit de la responsabilité. Questions choisies*, coll. Commission Université-Palais, vol. 157, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 97 à 164.

³³ « Même si elle n'était pas inconnue jusqu'alors, la théorie de l'alternative légitime a fait l'objet d'une consécration explicite » dans cet arrêt rendu en audience plénière (R. JAFFERALI, *op. cit.*, p. 106, qui fait référence aux conclusions de l'avocat général X. De Riemaeker, lequel retrace les applications de cette théorie dans la jurisprudence antérieure de la Cour. L'auteur estime cependant que celle-ci n'est pas toujours conciliable avec les principes dégagés dans l'arrêt du 25 mars 1997).

²⁴ H. BOCKEN, *De conditio sine qua non en het rechtmatig alternatief*, Brugge, die Keure, 2013, p. 112, n° 7 ; M. VAN QUICKENBORNE, *Oorzaakelijk verband tussen onrechtmatige daad en schade*, Malines, Kluwer, 2007, p. 150.

²⁵ Comp. art. 3, 102, des Principes du droit européen de la responsabilité civile : « Dans le cas d'activités multiples, dès lors que chacune d'elles prise isolément aurait dans le même temps causé le dommage, chaque activité est considérée comme une cause du dommage subi par la victime ».

²⁶ Comme l'écrit I. LUTTE, « L'incidence des causes multiples mérite notre attention. La théorie de l'équivalence des conditions n'oublie aucune cause : n'opérant aucun tri, elle les traite toutes de manière égale. Mais toutes les conditions ne sont pas des faits juridiques, c'est-à-dire des conditions produisant un effet de droit ou dotées de conséquences juridiques. Il existe aussi des conditions n'étant la source d'aucune obligation. Nous désignons ces conditions n'étant ni des faits juridiques, ni créatrices d'obligations juridiques, sous les termes de conditions juridiquement neutres » (I. LUTTE, « L'état antérieur de la victime : vraie question ou faux débat ? », in *Droit médical et dommage corporel. État des lieux et perspectives*, Limal, Anthemis, 2014, p. 204).

²⁷ Exposé des motifs de l'avant-projet de loi, p. 103.

circonstances de l'accident, les juges d'appel ont décidé que la présence de ce véhicule qui, en elle-même, n'était pas fautive, était sans lien causal nécessaire avec l'accident et ses conséquences dommageables et ont ainsi légalement justifié leur décision³⁴. Un arrêt plus récent décrit le raisonnement qui sous-tend la théorie de l'alternative légitime : « Il incombe au demandeur en réparation d'établir l'existence d'un lien de causalité entre la faute et le dommage tel qu'il s'est réalisé. Ce lien suppose que, sans la faute, le dommage n'eût pu se produire tel qu'il s'est réalisé. Par conséquent, il n'y a pas de lien de causalité lorsque le dommage se serait également produit si le défendeur, à qui le comportement fautif est imputé, avait correctement agi. Le juge doit ainsi déterminer ce que le défendeur en réparation aurait dû faire pour agir sans faute. Il doit faire abstraction de l'élément fautif dans l'historique du sinistre, sans en modifier les autres circonstances, et vérifier si le dommage se serait également produit dans ce cas »^{35, 36}. La circulation routière offre beaucoup d'autres applications possibles : outre le stationnement irrégulier, on songe notamment aux situations fautives résultant d'un excès de vitesse, de l'absence de permis de conduire, du transport illégal d'un passager, de la mise en circulation irrégulière d'un véhicule sur la voie publique ou d'un délit de fuite. Les litiges d'ordre administratif constituent un autre domaine d'application fréquent : il en va ainsi d'une décision illégale en raison d'un vice de procédure, de la faute liée au pouvoir discrétionnaire de l'Administration, de la méconnaissance des prescriptions urbanistiques, de

³⁴ Cass., 25 mars 1997, *Pas.*, 1997, I, n° 161 avec concl. contr. Av. gén. X. DE RIEMAECKER.

³⁵ Cass., 12 juin 2017, R.G. n° C.16.0428.N : une faute était reprochée au chef de corps d'une troupe de l'armée belge, qui avait pris une mesure de renvoi en Belgique d'un membre d'une unité para-commando en mission au Kosovo. Ce renvoi fut jugé illégal par la Cour d'appel de Bruxelles pour non-respect de la procédure (absence d'audition, d'information de la personne concernée et de motivation de la décision). La Cour d'appel a ensuite estimé qu'en l'absence de cette faute, la personne serait restée au Kosovo, son retour prématuré ne trouvant pas d'autre cause que son renvoi illégal. La Cour de cassation décide que « le juge d'appel, qui a conclu à l'existence d'un lien de causalité entre la faute commise par le demandeur et le dommage subi par le défendeur, sans vérifier si le défendeur aurait été renvoyé du Kosovo s'il avait été entendu et si la décision avait été motivée comme prévu, n'a pas légalement justifié sa décision ». Un arrêt ultérieur, concernant également une procédure irrégulière (en l'espèce, en matière de protection des malades mentaux), peut paraître contradictoire. La Cour de cassation sanctionne le raisonnement du juge du fond en ces termes : « Par ces considérations, l'arrêt, qui compare la situation concrète dont il est saisi à une situation hypothétique, à savoir celle dans laquelle le procureur du Roi aurait demandé un rapport médical plus complet et où un certificat médical répondant aux conditions légales aurait été produit devant le juge de paix, n'exclut pas légalement que, sans les fautes commises par le procureur du Roi et le juge de paix, le dommage se serait produit tel qu'il s'est réalisé. L'arrêt viole en conséquence la notion légale de lien causal et les articles 1382 et 1383 du Code civil » (Cass., 27 octobre 2017, R.G.A.R., 2018, n° 15459). Cette cassation peut toutefois s'expliquer par la motivation de l'arrêt d'appel, qui laissait subsister un doute sur la décision qui aurait été prise par les autorités judiciaires si la procédure avait été respectée. La Cour d'appel de Bruxelles précisait en effet qu'« il n'est donc pas exclu, compte tenu des éléments du dossier, que moyennant l'obtention préalable d'un certificat médical répondant aux conditions légales, les autorités judiciaires auraient, en tout état de cause, décidé la mise en observation [du demandeur] ». Si ce n'est pas exclu, ce n'est pas non plus certain, la situation étant alors hypothétique... »

³⁶ Voy. également Cass., 28 juin 2018, R.G. n° C.17.0696.N.

l'absence d'étude d'incidence et de l'absence de motivation d'un acte administratif³⁷.

L'exposé des motifs de l'avant-projet de réforme présente l'alternative légitime comme une application pure et simple de l'équivalence des conditions : « Une partie de la doctrine exprime des doutes sur la question de savoir si ce raisonnement est conciliable avec la théorie de l'équivalence des conditions. Il n'y a pas de doute sur ce point. Correctement appliquée, l'identification d'une alternative légitime est une étape inhérente à l'application du test de la condition *sine qua non* »³⁸. Cette question fait débat³⁹. Force est tout de même de noter que la démarche consistant à corriger l'illicéité du comportement conduit à des solutions différentes de celles qui découlent de l'élimination pure et simple du fait incriminé. En même temps, l'examen de l'alternative légitime est souvent incontournable si l'on veut répondre à la question causale. Dans le cas du véhicule irrégulièrement stationné à un endroit où seul l'arrêt était autorisé, procéder à la simple élimination de l'élément fautif, comme exigé par l'équivalence des conditions, laisse la réflexion ouverte. En effet, il faut inévitablement s'interroger sur ce qui se serait produit si le conducteur s'était juste arrêté et n'avait pas stationné son véhicule. Le recours à l'alternative légitime intervient finalement dans toutes ces situations où la seule suppression du fait positif fautif est insuffisante pour répondre à la question posée par le test de la condition *sine qua non*. Le raisonnement est ainsi poursuivi par le magistrat de manière à l'affiner, mais dans un souci pratique plus que d'équité. La démarche se rapproche toutefois de la réflexion en deux temps opérée dans des systèmes juridiques étrangers afin de sélectionner les causes pertinentes. Comme le souligne le professeur B. Dubuisson, « la théorie de l'alternative légitime touche davantage à la manière de mener le processus de reconstruction des faits qu'au raisonnement logique qui se déduit de la théorie de l'équivalence des conditions. Elle introduit une correction dans le processus de substitution du comportement fautif en précisant par quoi il convient de le remplacer ». L'auteur tempère : « En raison même de la fragilité de ses fondements, il n'est pas toujours aisé de délimiter les hypothèses dans lesquelles il convient de l'appliquer, ni de fixer la limite entre le remplacement admissible et celui qui entraîne une

³⁷ Voy. toutes les illustrations développées par R. JAFFERALI (*op. cit.*, pp. 139-161, n°s 31-47).

³⁸ Exposé des motifs de l'avant-projet de loi, pp. 93-94.

³⁹ J.-L. FAGNART estime que la théorie de l'alternative légitime « détermine, avec une précision chirurgicale, l'acte fautif et procède ensuite classiquement à son élimination ou à sa substitution par un acte licite », ne dérogeant ainsi en rien à la théorie de l'équivalence des conditions (« La notion de causalité et le contrôle de la Cour de cassation », note sous Cass., 28 mai 2008, *For. ass.*, 2008, p. 135). D'autres auteurs sont plus nuancés (B. DUBUISSON, « Jurisprudence récente de la Cour de cassation sur la relation causale », *J.T.*, 2010, pp. 748-749 ; I. DURANT, « La causalité, simple trait d'union ou véritable variable d'ajustement ? », *op. cit.*, pp. 54-56, n°s 26-27 ; G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *Les conditions de la responsabilité*, *op. cit.*, n°s 346-1 et 538).

modification des circonstances de fait ou de la réglementation applicable au lieu et au moment de l'accident»⁴⁰.

Sous-section 2

La causalité adéquate : vers une place légitimée ?

§ 1. Le besoin de correctifs induit par l'équivalence des conditions

L'analyse de la jurisprudence de fond démontre que des considérations d'équité amènent souvent les juges à mettre implicitement des limites à une application stricte de l'équivalence des conditions. La Cour de cassation elle-même refuse de censurer certaines entorses au principe, « sans toutefois parvenir à formuler un critère général sur la base duquel des dérogations peuvent se justifier »⁴¹. Ce besoin de correctifs découle en grande partie du refus de la distinction entre causes directes et indirectes du dommage, contrairement au droit français qui en fait un principe général de la responsabilité contractuelle et extracontractuelle⁴². On voit alors pointer des raisonnements davantage inspirés d'autres théories de la causalité, telles que la causalité adéquate et la causalité efficiente.

Les faits à l'origine de l'arrêt de la Cour de cassation du 14 juin 1996 offrent une bonne illustration. Un homme qui souhaitait mettre fin à ses jours avait précipité son véhicule dans la Meuse. Sa compagne, passagère du véhicule, y avait également trouvé la mort. Les héritiers de celle-ci estimaient qu'elle ne serait pas décédée si son amant n'avait pas précipité le véhicule dans le fleuve, ce qui le rendait responsable du décès. La Cour d'appel de Liège a rejeté cette thèse au motif qu'« Anne-Marie P. était aussi déterminée que Bernard L. à mettre fin à ses jours » et qu'elle « a volontairement et consciemment suivi son amant dans la mort ». Les juges ont dès lors estimé que « les dommages subis par les parties demanderesse ne résultent pas de la faute de L. mais de la volonté de P. d'en finir avec la vie ». Saisie d'un pourvoi, la Cour de cassation a confirmé l'arrêt attaqué en estimant que celui-ci « justifie légalement sa décision que le comportement suicidaire de Bernard L. n'a été que l'occasion de la mort d'Anne-Marie et non sa cause, que le décès de celle-ci « résulte exclusivement de sa volonté propre de mourir » et, partant, que le dommage tel qu'il s'est réalisé se serait également produit sans la faute de Bernard L. »⁴³. On retrouve, derrière cette formulation, une volonté de coller à la théorie de l'équivalence

des conditions. Pourtant, sa correcte application ne devait-elle pas conduire à retenir la responsabilité du conducteur ? La théorie de la causalité adéquate n'aurait pas non plus permis d'écarter si facilement la faute de l'amant comme cause du décès de sa compagne⁴⁴ : n'est-il pas, en effet, prévisible qu'en précipitant un véhicule dans un fleuve, ses occupants décèdent ? Il s'agit du cours normal des choses (*infra*, § 2). Les termes retenus par la Cour de cassation reflètent finalement davantage une application de la causalité efficiente (*infra*, § 3), consistant, en l'espèce, dans la volonté de mourir. Ce dramatique accident permet de mettre en évidence les épineuses questions que posent la notion de causalité et les interactions entre les différentes théories dégagées par la doctrine et la jurisprudence, et dont nous poursuivons l'examen ci-après. Plus correctement, un autre critère pouvait justifier que le juge écarte la responsabilité du conducteur dans l'espèce précitée, celui de la faute intentionnelle de la victime (*infra*, section 3).

§ 2. La réception actuelle de la causalité adéquate

La théorie de la causalité adéquate s'attache aux conséquences prévisibles de chacun des antécédents du dommage. Pour les apprécier, deux angles d'approche ont été dégagés : d'un point de vue subjectif, est en lien causal le fait générateur dont l'auteur savait ou devait savoir qu'il était susceptible de causer le dommage tel qu'il s'est réalisé (prévisibilité subjective) ; d'un point de vue objectif, est en lien causal le fait qui « selon le cours normal des choses » ou « l'enchaînement ordinaire des événements » était, objectivement, de nature à produire le dommage (prévisibilité objective). On éliminera donc les conséquences dues à un concours d'événements fortuits qui, d'après les règles d'expérience, n'auraient pas dû se présenter. La causalité adéquate a le mérite de restreindre le champ des responsabilités en ménageant une marge d'appréciation plus raisonnable au juge. La distinction entre les effets adéquats ou inadéquats, entre les conséquences prévisibles ou imprévisibles peut toutefois s'avérer compliquée et difficilement acceptable pour la victime⁴⁵.

Sans avoir jamais fait l'objet d'une reconnaissance expresse par la jurisprudence belge, cette théorie est néanmoins implicitement retenue pour atténuer les rigueurs de l'équivalence des conditions⁴⁶. Il en va ainsi en cas de vol d'une voiture, lorsque le conducteur a négligemment laissé ses clés sur le

⁴⁰ B. DUBUISSON, « Jurisprudence récente de la Cour de cassation sur la relation causale », *op. cit.*, p. 749.
⁴¹ Exposé des motifs de l'avant-projet de loi, p. 97.

⁴² J.-L. FAGNART, « La causalité », *op. cit.*, pp. 58 et s.

⁴³ Cass., 14 juin 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 280, note D. PHILIPPE.

⁴⁴ D. PHILIPPE, « À propos du lien causal », note sous Cass., 14 juin 1996, *J.L.M.B.*, 1997, p. 283.

⁴⁵ R.O. DALCQ, « La notion de causalité en matière de responsabilité aquilienne », *R.G.A.R.*, 1959, n° 6336 ; R. PIRSON et A. DE VILLÉ, *Traité de la responsabilité civile extra-contractuelle*, t. II, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 1935, p. 35.

⁴⁶ P. VAN OMMESSLAGHE, *op. cit.*, p. 1559.

contact⁴⁷ : cette faute d'imprudence n'est généralement pas considérée comme étant en lien causal avec l'accident dans lequel est ensuite impliqué le véhicule volé. La faute de conduite du voleur est la seule qui est regardée comme adéquate, vu le dommage prévisible qui en découle. Récemment, la Cour de cassation a encore validé le raisonnement selon lequel le conducteur qui avait laissé le contact allumé et quitté son véhicule n'avait commis aucune faute contributive au dommage subi *in concreto* à la suite du heurt⁴⁸. Pourtant, il pourrait tout aussi bien être jugé que si toutes les mesures utiles doivent être prises pour verrouiller correctement le véhicule, c'est précisément car un vol est prévisible et qu'un voleur, à l'instar de tout conducteur, est ensuite susceptible de causer un accident...⁴⁹. De même, pour écarter le lien de causalité entre le décès d'un individu présentant une prédisposition et un accident ne l'ayant pas impliqué directement, les juges peuvent aussi être tentés de recourir à un raisonnement relevant d'une causalité adéquate, en soulignant que le dommage réparable se limite aux répercussions normales de la faute, ce qui n'est pas le cas du décès de la victime⁵⁰. La jurisprudence française a démontré une tendance encore plus nette à recourir, quand elle l'estimait utile, à la théorie de la causalité adéquate⁵¹, même si la Cour de cassation a « toujours refusé, par principe, de se laisser enfermer dans une théorie de la causalité »⁵².

Le critère de la prévisibilité, apprécié tantôt de manière objective tantôt de manière subjective, pose question. Tout d'abord, quel dommage doit être prévisible ? S'agit-il du dommage qui s'est réalisé (ou à tout le moins un dommage proche de celui-ci) ou bien du principe même d'un dommage ? Retenir le principe de la survenance d'un préjudice quelconque engendre une confu-

sion entre la cause et la faute⁵³, puisque la prévisibilité d'un dommage est déjà un élément constitutif de cette dernière⁵⁴. De plus, un dommage quelconque est, en réalité, presque toujours prévisible. En retenant une interprétation large de la prévisibilité, la détermination de la cause « adéquate » s'avère un travail impossible. En même temps, en restreignant la prévisibilité au dommage subi, la détermination de la cause adéquate semble illusoire dans les régimes de responsabilité sans faute⁵⁵.

L'examen qui s'impose au juge implique en outre un jugement de valeur, source d'insécurité juridique. Le tri opéré peut aboutir à écarter des causes qui sont manifestement à l'origine du dommage subi par la victime, quand bien même celui-ci était inattendu. L'exemple du décès d'une personne atteinte d'une prédisposition pathologique en atteste. Au raisonnement abstrait qu'implique la causalité adéquate, l'on préférerait alors que le juge substitue un examen plus concret en recherchant la cause qui, dans les faits, a été déterminante, comme le demande la causalité efficiente.

§ 3. Une variante : la causalité efficiente

Le Larousse définit le terme « efficient » comme exprimant ce « qui aboutit à de bons résultats », qui est « efficace ». En référence à Aristote, il est précisé que la cause efficiente est « l'agent », « ce qui produit quelque chose, un phénomène ». L'idée est ici de retenir le fait générateur ayant le plus lourdement pesé dans la production du dommage⁵⁶. On examine les divers antécédents du dommage et, au-delà des questions de prévisibilité, on s'interroge sur l'incidence que chacun d'entre eux a effectivement eue sur la réalisation du dommage. La cause efficiente est considérée comme l'événement qui a produit le fait dommageable alors que les autres faits n'en sont que l'occasion ou la condition⁵⁷. Cette théorie est parfois présentée comme une variante de la causalité adéquate⁵⁸.

On s'accorde généralement sur le fait que le critère est extrêmement souple et confère au juge un pouvoir d'appréciation trop important. La théorie

⁴⁷ Voy. ainsi J.P. Huy (2^e canton), 26 janvier 1990, *Bull. ass.*, 1991, p. 469; Mons, 20 juin 1985, *R.G.A.R.*, 1987, n° 11202; J.P. Fosses-la-Ville, 15 février 1984, *R.R.D.*, 1984, p. 204; Civ. Anvers, 2 octobre 1981, *R.W.*, 1983-1984, col. 389. Comp. Mons, 1^{er} février 1999, *Bull. ass.*, 1999, p. 509; Liège, 13 juin 1994, *R.G.A.R.*, 1996, n° 12679, *R.G.D.C.*, 1995, p. 390, note E. VERBERT; Liège, 22 juin 1987, *J.L.M.B.*, 1987, p. 1286; Mons, 3 juin 1982, *R.G.A.R.*, 1984, n° 10784.

⁴⁸ Cass., 4 janvier 2017, *R.G.A.R.*, 2018, n° 15443.

⁴⁹ J.-L. FAGNART, « La causalité », *op. cit.*, p. 33, n° 38.

⁵⁰ Bruxelles, 24 février 1989, *R.G.A.R.*, 1990, n° 11618, note Fr. GLANSORFF, arrêt aux termes duquel « le dommage réparable en relation causale nécessaire avec une faute se limite à ses répercussions normales en fonction de sa nature ». Cette décision n'a pas été cassée par la Cour de cassation, qui tenta de donner l'illusion d'un raisonnement conforme au système de l'équivalence des conditions, alors même que cette dernière aurait dû amener le juge à retenir le lien causal entre la faute de conduite et le décès (Cass., 11 octobre 1989, *R.G.A.R.*, 1992, n° 12007, note Fr. GLANSORFF).

⁵¹ G. VINEY, P. JOURDAIN et S. CARVAL, *op. cit.*, nos 340-1, 341 à 347 et 356 à 358-2.

⁵² Cour de cassation de France, Groupe de travail sur le projet intitulé « Pour une réforme du droit de la responsabilité civile » sous la direction de François Terré (février 2012), disponible sur <https://www.courdecassation.fr/IMG//reforme-droit-RC.pdf>. Dans ce contexte, le rapport Terré avait précisément été critiqué en ce qu'il faisait prévaloir la causalité adéquate, dans sa conception objective (article 10 : « Constitue la cause du dommage tout fait propre à le produire selon le cours ordinaire des choses et sans lequel il ne serait pas advenu. Celui qui a causé le dommage ne répond que de ses suites immédiates et directes. Le lien de causalité s'établit par tous moyens »).

⁵³ J.-L. FAGNART, « La causalité », *op. cit.*, p. 36, n° 67.

⁵⁴ R.O. DALCQ, « La prévisibilité du dommage est-elle une condition nécessaire de la faute ? », in *Hommage à Jacques Heenen*, Bruxelles, Bruylant, 1994, p. 88.

⁵⁵ J.-L. FAGNART, « La causalité », *op. cit.*, p. 35, n° 65.

⁵⁶ R. PIRSON et A. DE VILLÉ, *op. cit.*, pp. 35 et s.

⁵⁷ P. VAN OMMESLAGHE, *op. cit.*, p. 1560, n° 1094, qui donne l'exemple d'un accident, survenant à l'occasion d'un dépassement, entre un motocycliste et une voiture venant en sens inverse, laquelle n'avait pas été aperçue par le conducteur de la moto en raison d'un écran de fumée causé par un feu imprudemment allumé par le cultivateur d'un champ voisin. La cause efficiente retenue est la faute du motocycliste, celle du paysan étant considérée comme une simple condition pourtant nécessaire à la réalisation du dommage.

⁵⁸ J.-L. FAGNART, « La causalité », *op. cit.*, p. 33, n° 37, n° 73.

de la causalité efficiente s'avère difficile à appliquer en pratique, compte tenu de la délicate recherche à opérer. Elle a été condamnée dans un arrêt ancien de la Cour de cassation⁵⁹. Elle n'est plus guère évoquée actuellement et présente par conséquent une influence assez faible.

§ 4. L'avant-projet de réforme du Code civil

Après avoir posé le principe de l'équivalence des conditions (*supra*, sous-section 1, § 3), l'avant-projet de réforme veut tenir compte des réalités du terrain et offrir, enfin, un rivage à l'étendue des causes nécessaires. L'article 5.162 est complété par un alinéa 2 qui apparaîtra, demain, comme essentiel dans l'établissement de la responsabilité civile :

« Toutefois, il n'y a pas de responsabilité si le lien entre ce fait et le dommage est à ce point distendu qu'il serait manifestement déraisonnable d'imputer ce dommage à celui auquel la réparation est demandée. Dans cette appréciation, il est tenu compte, en particulier, du caractère imprévisible du dommage au regard des conséquences normales du fait générateur de la responsabilité et de la circonstance que celui-ci n'a pas augmenté de manière significative le risque de survenance du dommage ».

L'avant-projet, dans son article 5.162, introduit donc un raisonnement en deux étapes, tel que prôné par plusieurs systèmes de droit étrangers. Le juge est désormais autorisé à écarter une cause nécessaire si le lien entre le fait générateur et le dommage est à ce point « distendu » qu'il serait « manifestement déraisonnable » d'imputer le dommage à son auteur. Autrement dit, il peut procéder à une sélection des causes en fonction de leur pertinence, en s'écartant de la simple constatation de l'enchaînement causal. Le résultat est comparable à l'effet restrictif de la bonne foi en matière contractuelle et à l'application de la notion d'abus de droit⁶⁰.

La référence au caractère « manifestement déraisonnable » de la situation ne renvoie-t-elle pas trop directement à l'appréciation souveraine (certains diront subjective) du juge du fond ? L'exigence de motivation devra en tout cas s'en trouver renforcée. Plusieurs critères sont susceptibles d'être mobilisés à cette fin ; le projet en retient expressément deux. D'une part, le caractère imprévisible du dommage au regard des conséquences normales du fait générateur de responsabilité ; d'autre part, la circonstance que le fait générateur n'a

⁵⁹ Cass., 4 décembre 1950, *Pas.*, 1951, I, p. 201.

⁶⁰ Exposé des motifs de l'avant-projet de loi, p. 99.

pas augmenté de manière significative le risque de survenance du dommage. Ces deux critères font écho au raisonnement de la causalité adéquate au point de se demander si, finalement, cette théorie ne devient pas la règle. L'exposé des motifs laisse entendre que les auteurs du texte ont voulu limiter les possibilités du juge aux deux critères retenus⁶¹. En précisant à l'alinéa 2 qu'il est tenu compte « en particulier » des deux critères ensuite développés, l'énonciation se veut pourtant non exhaustive : il devrait donc être permis au juge d'appuyer son raisonnement sur d'autres éléments. Mais il est vrai que la plupart des situations pourront être corrigées au regard du caractère imprévisible du dommage et de la circonstance que le fait générateur n'a pas augmenté de manière significative le risque de survenance du dommage. Par exemple, un critère comme celui qui serait tiré du but de la norme violée ne recouvre-t-il pas, généralement, celui de la prévisibilité du dommage que la norme a précisément pour objectif d'éviter ? Les auteurs ont par contre explicitement exclu, dans l'exposé des motifs, la référence au fondement de la responsabilité et à la nature du dommage, deux des critères utilisés notamment aux Pays-Bas et dans les Principes du droit européen de la responsabilité civile (art. 3, 201)⁶² et qui connaissent peu, voire pas du tout, d'applications en droit belge. Vu l'absence d'exclusion expresse dans le texte en projet, on se demande dans quelle mesure le juge sera effectivement empêché d'y recourir.

§ 5. Appréciation

Les auteurs de la réforme ont souhaité consacrer légalement la théorie de l'équivalence des conditions comme la référence en matière de détermination causale. Ils confirment dans le même temps que des nuances doivent être apportées dans diverses situations, ce qu'ils expriment par le tempérament apporté à l'alinéa 2 de l'article 5.162. En ce qu'elle correspond à la réalité des tribunaux, cette démarche doit être approuvée. Des considérations d'opportunité doivent pouvoir être prises en compte dans une matière si dépendante des circonstances de fait dans lesquelles naissent les dommages. Au lieu de circonscrire les nuances au travers d'autres théories, dont les contours sont parfois flous, les auteurs du projet s'appuient sur des critères qui permettent indirectement leur application. Le pouvoir d'appréciation du juge est maintenu, voire renforcé, mais dans des limites propres à assurer une certaine sécurité juridique. L'objectif est louable, mais les moyens sont-ils opportuns ?

⁶¹ *Ibid.* : ils précisent que la formulation générale de l'alinéa 2 de l'article 5.162 (le caractère distendu du lien qui conduirait à une situation manifestement déraisonnable) est « complétée par deux critères d'appréciation spécifiques ». Cette expression semble vouloir circonscrire l'appréciation du juge à ces deux sous-critères.

⁶² Exposé des motifs de l'avant-projet de loi, pp. 98-100.

La problématique permet de mettre en évidence la différence entre causalité explicative et causalité attributive⁶³. La théorie de l'équivalence des conditions permet d'expliquer, matériellement, la survenance du dommage, en prenant en compte l'ensemble des causes à son origine. Une démarche correctrice, correspondant à une causalité attributive, permet ensuite de faire le partage entre les causes qui devraient normalement être retenues et celles qui, dans le cas d'espèce, sont les plus pertinentes⁶⁴. Cette démarche attributive ne peut être délaissée entièrement à l'appréciation souveraine du juge, sous peine d'arbitraire. Des critères d'application sont indispensables⁶⁵. L'avant-projet s'inscrit dans ce schéma : il pose le principe de l'équivalence des conditions tout en offrant des possibilités de correction. À l'analyse, la réforme revient à réduire considérablement l'hégémonie de l'équivalence des conditions, en ouvrant la porte, *volens nolens*, à la causalité adéquate. Pour y recourir, le juge devra essentiellement veiller à motiver son appréciation de ce qui lui paraît « manifestement déraisonnable », avec tout l'espace que ces termes offriront aux plaideurs...

Quelle place sera enfin consacrée, demain, à la théorie de l'alternative légitime, qui semble aujourd'hui connaître son essor ? La réponse va de soi si l'on considère qu'elle s'inscrit pleinement dans le test de la condition *sine qua non*, mais ce point est discuté comme nous l'avons dit⁶⁶. Au vu de la jurisprudence de la Cour de cassation, il serait peut-être bon d'inviter expressément le juge à examiner la situation qui lui est soumise sous l'angle de l'alternative légitime⁶⁷. Quand bien même, le texte ouvert de l'article 5.162, alinéa 2, n'empêche pas qu'il soit recouru au raisonnement de substitution qu'implique cette théorie.

⁶³ Voy. not. I. DURANT, « La causalité, simple trait d'union ou véritable variable d'ajustement ? », *op. cit.*, pp. 66-80. W. VAN GERVEN et A. VAN OEVELEN, *Verbintenissenrecht*, 4^e éd., Louvain, Acco, 2015, pp. 448-449.

⁶⁴ I. DURANT, « La causalité, simple trait d'union ou véritable variable d'ajustement ? », *op. cit.*, pp. 66-80 : l'auteur opère une distinction en fonction du type de manquement. Lorsque la faute consiste en un manquement à une obligation déterminée, elle propose de rechercher le but poursuivi par la norme violée pour vérifier s'il faut attribuer ou non la situation dommageable à l'auteur fautif. Si la violation concerne l'obligation générale de prudence et de diligence, c'est le critère de la prévisibilité du dommage qu'il faudrait mobiliser. J.-L. Fagnart, tout en soulignant l'ingéniosité de cette thèse, émet néanmoins trois critiques à son encontre : la délicate distinction entre les obligations à objet déterminé et indéterminé, le travail complexe et incertain dans la recherche du but de la norme violée (I. Durant avoue elle-même son embarras dans certaines situations) et les critiques déjà émises à l'égard du critère de la prévisibilité du dommage (J.-L. Fagnart, « La causalité », *op. cit.*, pp. 40-41, n° 81).

⁶⁵ *Supra*, sous-section 1, § 5, spéc. notes 38-39.

⁶⁷ Cf. la démarche exposée dans Cass., 12 juin 2017, R.G. n° C.16.0428.N, précité.

Section 2

Les difficultés liées à une causalité incertaine

Le lien de causalité peut être prouvé par le recours à un faisceau d'indices graves, précis et concordants, allant au-delà de tout doute raisonnable⁶⁸. Mais il doit toujours être certain. Une simple probabilité ne suffit pas. Or il est souvent difficile de reconstituer le déroulement exact de la réalisation du dommage, comme il peut être difficile d'identifier la personne qui a, en fait, causé le dommage. Le test de la condition *sine qua non*, qui débouche sur un système de tout ou rien, n'offre plus, alors, satisfaction. « Du point de vue tant de la protection des victimes que de l'équité, une attribution plus équilibrée de la charge de la réparation est souvent indiquée. Le rejet de toute responsabilité est également contraire à l'effet préventif du droit »⁶⁹. Les difficultés liées à une causalité incertaine peuvent être schématisées en trois applications. Nous revenons d'abord sur la théorie de la perte d'une chance (sous-section 1). Nous voyons ensuite la problématique de la causalité alternative (sous-section 2), qui se présente sous deux formes que nous analyserons.

Sous-section 1

La perte d'une chance

§ 1. Rappel des principes : la perte d'une chance comme dommage réparable

La théorie de la perte d'une chance⁷⁰ a été créée au départ pour pallier l'absence de préjudice certain. L'exemple classique est celui du cheval de course fautivement empêché de prendre le départ d'une compétition ou de l'étudiant privé de la possibilité de présenter un examen. En l'absence de cer-

⁶⁸ Voy. Liège, 20 novembre 2017, R.G.A.R., 2018, n° 15493 : « Le juge peut retenir comme certain un événement très vraisemblable lorsqu'il ne doit pas raisonnablement considérer que le contraire est possible bien que théoriquement, il ne soit pas absolument exclu. Dans l'examen des preuves, le juge peut se fonder sur des présomptions ; il doit en particulier tenir compte du "cours normal des choses". Mais lorsqu'il est allégué que le cours normal des choses pourrait être perturbé par des éléments incertains, le juge doit écarter toutes les allégations qui restent au niveau de simples conjectures ».

⁶⁹ Exposé des motifs de l'avant-projet de loi, p. 112.

⁷⁰ Sur la problématique de la perte de chance en droit belge : I. BOONE, « Het "verlies van een kans" bij onzeker causaal verband », *R.W.*, 2004-2005, pp. 92-97 ; A. CATALDO et A. PÜTZ, « La perte d'une chance... de prouver », in *Trois conditions pour une responsabilité civile. Sept regards*, Limal, Anthemis, 2016, pp. 145-194, spéc. 164-178 ; B. DUBUISSON, « La théorie de la perte d'une chance en question : le droit contre l'ala ? », *J.T.*, 2007, pp. 489-497 ; N. ESTIENNE, « La perte d'une chance dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation : la procession d'Echternach (deux pas en arrière, trois pas en avant...) », *R.C.J.B.*, 2013/4, pp. 605-624 ; J.-L. FAGNART, « La perte d'une chance ou la valeur de l'incertain », in *La réparation du dommage. Questions particulières*, Limal, Anthemis, 2006, pp. 73-101 ; P. VAN OMMELAGHE, « Perte d'une chance et risque réalisé : cherchez l'erreur », in *Droit médical et dommage corporel - État des lieux et perspectives*, Limal, Anthemis, 2014, pp. 211-227.

titude quant à l'issue du concours, il est unanimement admis que le dommage de la victime représente la perte d'une chance d'obtenir un avantage qui n'était pas acquis (on parlerait sinon de manque à gagner), mais simplement probable. Il s'agit de la conception restrictive de la théorie.

Celle-ci fut ensuite étendue, afin de contourner une incertitude causale de nature à empêcher l'indemnisation de la victime. Cette fois, le dommage est certain, c'est le lien causal qui ne l'est pas. Faute de pouvoir le démontrer, il est admis que la victime peut solliciter la réparation d'un autre dommage que celui réellement subi, à savoir la perte d'une chance d'éviter la réalisation d'un risque, dont le rapport de causalité avec la faute ne prête plus à discussion. Il en est ainsi en ce qui concerne le patient victime d'une erreur médicale en cours d'intervention, conservant des séquelles dont on ignore si elles ne se seraient pas produites de la même façon en l'absence de faute. Un autre exemple célèbre est celui de la jeune fille vitriolée par son ex-amant et qui poursuit la responsabilité des autorités publiques pour ne pas avoir pris les mesures propres à empêcher l'agression (l'auteur était bien connu des services de police, la jeune fille avait porté plainte suite à des menaces, etc.)⁷¹. Cette seconde conception de la théorie est extensive, et nettement plus discutée en doctrine et en jurisprudence.

Dans un cas comme dans l'autre, la solution consiste à autoriser la victime à invoquer un simple rapport de probabilité entre la faute et son dommage. Elle peut alors prétendre à une réparation en proportion de la probabilité en question (jamais à l'entière du dommage final subi)⁷². Pour ce faire, la Cour de cassation effectue un détour par la notion de dommage. Depuis un arrêt du 5 juin 2008, qui portait sur un cas relevant de la conception extensive⁷³, elle considère que la perte d'une chance (entendue largement comme la perte d'une éventualité plus favorable pour la victime) constitue, en soi, un dommage réparable, si la faute est la condition *sine qua non* de la perte de cette chance⁷⁴. Malgré les critiques émises par certains à l'encontre de la conception extensive de la théorie⁷⁵, il ne nous semble pas qu'il faille encore faire

⁷¹ Cass., 1^{er} avril 2004, R.G. n° C.01.0211.F et C.01.0217.F, *Pas.*, 2004, n° 174; *J.D.J.*, 2004, liv. 239, p. 44, note; *R.W.*, 2004-2005, p. 106, note I. BOONE; *J.T.*, 2005, p. 357, note N. ESTIENNE; *R.G.D.C.*, 2005, p. 368, note C. EYBEN; *NjW.*, 2005, p. 628, note S. LIERMAN; *J.L.M.B.*, 2006, p. 1076, note E. MONTERO et A. PÜTZ.

⁷² Cass., 23 octobre 2015, *R.G.A.R.*, 2016, n° 15271; Cass., 21 octobre 2013, R.G. n° C.13.0124.N; Cass., 23 septembre 2013, *Pas.*, 2013, p. 1755; Cass., 17 décembre 2009, *R.D.C.*, 2010, p. 278.

⁷³ En l'espèce, la perte d'une chance, dans le chef du propriétaire d'un cheval, de voir son animal survivre ou guérir si le vétérinaire n'avait pas commis des manquements dans son examen.

⁷⁴ Cass., 5 juin 2008, *J.T.*, 2009, p. 29, note A. PÜTZ; Cass., 15 mai 2015, *Pas.*, 2015, p. 1199; Cass., 21 avril 2016, R.G. n° C.15.286.N; Cass., 14 décembre 2017, R.G. n° C.16.0296.N.

⁷⁵ Voy., encore dernièrement, I. LUTTE, « Quelques considérations à propos de la perte d'une chance et de la causalité », *For. ass.*, 2019, p. 23.

une distinction selon qu'un avantage espéré a été perdu ou qu'un risque s'est définitivement réalisé.

§ 2. Conditions

La chance perdue ne donne lieu à réparation que si elle répond à certaines conditions.

Elle doit tout d'abord être définitivement perdue : si, en dépit de la faute commise par un tiers, la victime conserve la possibilité d'encore jouer sa chance et donc, en fin de compte, de ne subir aucun dommage, aucune indemnisation n'est due. C'est une évidence. Notre droit de la responsabilité reste enfermé dans l'idée d'un dommage déjà survenu.

La chance doit être réelle, et non simplement hypothétique⁷⁶. Autrement dit, elle doit s'écarter du pur hasard, de la coïncidence ou encore de l'attente subjective de la victime ; elle doit au contraire présenter un caractère certain, objectif⁷⁷. La victime doit pouvoir revendiquer un lien concret avec sa chance⁷⁸. Pour reprendre l'exemple du cheval privé de concours, il faut qu'il ait été effectivement inscrit ou que la participation n'ait fait aucun doute jusqu'à la survenance de l'accident. Dire que la chance est réelle ne signifie en aucun cas que, sans la faute, la personne lésée aurait obtenu l'avantage espéré : s'il est recouru à la figure de la perte de chance, c'est justement parce que le lien de causalité avec la perte de cet avantage est incertain. La Cour de cassation sanctionne les motivations qui méconnaissent cette règle de logique⁷⁹.

La chance doit-elle en outre être sérieuse ? Le propos n'est pas des plus clairs. Nombre de décisions font référence à une chance « réelle et sérieuse », sans que l'on sache s'il faut y voir deux conditions distinctes⁸⁰. La question renvoie à celle d'un seuil de gravité à partir duquel la chance mérite d'être prise en considération. Une application stricte du principe de la réparation intégrale du dommage s'y oppose⁸¹ : est sérieux ce qui est fondé, qualitativement parlant, et

⁷⁶ Cass., 21 avril 2016, R.G. n° C.14.041.F; Cass., 15 mars 2010, R.G. n° C.09.0433.N; Cass., 7 avril 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 884; Cass., 2 juin 1958, *Pas.*, 1958, I, p. 1085.

⁷⁷ G. VINEY, *Traité de droit civil, Les obligations, La responsabilité : conditions*, Paris, LGDJ, 1982, p. 260; Th. VANSWEEVELT, *La responsabilité civile du médecin et de l'hôpital*, 3^e éd., Anvers-Bruxelles, Maklu-Bruylant, 1996, pp. 277-278.

⁷⁸ C. MÜLLER, *La perte d'une chance : étude comparative en vue de son indemnisation en droit suisse, notamment dans la responsabilité médicale*, Berne, Staempfli, 2002, p. 260.

⁷⁹ Cass., 13 mai 2016, *R.G.A.R.*, 2016, n° 15325; Cass., 15 mars 2010, *R.G.A.R.*, 2010, n° 14676; Mons, 20 juin 2008, *Entr. et dr.*, 2009, p. 380.

⁸⁰ Ex. Liège, 5 septembre 2014, *J.L.M.B.*, 2015, p. 1456; Liège, 15 mars 2012, *R.G.A.R.*, 2013, n° 14953.

⁸¹ Cass., 30 mars 1994, *Pas.*, 1994, I, p. 337. À la différence de son homologue française, la Cour de cassation n'a toutefois, à notre connaissance, pas encore pris expressément position face à une hypothèse de perte de chance, voy. Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 16 janvier 2013, *Rec. Dall.*, 2013, Études et comm., p. 619.

non ce qui est substantiel⁸². Mais une autre approche est possible, quantitative cette fois, qui permet de rappeler que la perte de chance n'est qu'un préjudice de substitution par rapport au dommage réellement subi et qu'elle suppose à la fois l'existence et la défaillance de ce dommage⁸³. Cette nature particulière pourrait autoriser certains écarts par rapport au droit commun de la responsabilité. Des exigences supplémentaires peuvent être attendues pour admettre la réparation de ce succédané de dommage, comme un certain niveau de gravité pour compenser l'incertitude entourant la réparation du dommage réellement subi⁸⁴. Dans ce cas, le terme « sérieux » ne serait plus redondant par rapport à la condition de chance « réelle ». La recherche d'un seuil de gravité chiffré relève certes de la gageure, mais rien n'empêche la jurisprudence d'engager un travail en ce sens⁸⁵.

On peut également se demander si une des conditions à la prise en compte de la perte d'une chance ne réside pas dans la possibilité effective de disposer d'outils objectifs pour la mesurer. La chance est en principe un événement futur et incertain dont la survenance peut être soumise à une loi de probabilités. Cela implique que la réalisation de la chance ne soit pas tributaire, notamment, de la volonté d'une personne⁸⁶, qu'elle soit l'auteur du dommage (ex. la résolution de l'auteur d'une agression), la victime elle-même (ex. la résolution du patient en cas de manquement du médecin à l'obligation d'information⁸⁷) ou un tiers. Si les moyens de déterminer objectivement la proportion de la chance ne sont pas disponibles, il faut en conclure que la condition de sérieux de la chance, voire même son caractère réel, ne peuvent être vérifiés⁸⁸.

⁸² La faiblesse de la chance n'ayant « d'influence que sur le montant de la condamnation qui se trouve réduit d'autant » (G. VINEY, *Traité de droit civil*, op. cit., p. 260); B. WEYTS, « Compensation for the Loss of Small Chances in (Belgian and French) Tort Law », *ERPL*, 2014, p. 1068. Voy. D. PHILIPPE, « Perte de chance et détermination du dommage », note sous Comm. Bruxelles, 4 février 2014, *D.A./O.R.*, 2014, p. 79.

⁸³ M. BACACHE, « La réparation de la perte de chance: quelles limites? », *Rec. Dall.*, 2013, Études et comm., p. 622, n° 13.

⁸⁴ *Ibid.*, p. 622, n° 14. Ex. Liège, 3 juin 2015, *J.T.*, 2015, p. 847, où le juge considère que la chance postulée est « si ténue » qu'elle ne constitue pas un préjudice indemnisable. Le Hoge Raad néerlandais incline en ce sens, lorsqu'il décide que l'exigence de chance réelle exclut des chances très faibles, HR, 21 décembre 2012, *Deloitte Belastingadviseurs v H&B Beheer*, NJ, 2013, 2759, cité par S. BAEYENS, « De theorie van het verlies van een kans: een rechtsvergelijkende analyse toegepast op de zuivere vermogensschade », *R.W.*, 2016-17, p. 368.

⁸⁵ Pour des pistes de réflexion, A. CATALDO et A. PÜTZ, « La preuve des conditions de la responsabilité aquilienne: le recours à la perte de chance », in *La preuve en droit privé: quelques questions spéciales*, coll. UB³, Bruxelles, Larcier, 2017, p. 54.

⁸⁶ B. DUBUISSON, « L'arrêt de la Cour de cassation du 14 novembre 2014 sur la vie préjudiciable – L'être ou le néant: l'alternative illégitime », *J.T.*, 2015, p. 213, n° 9.

⁸⁷ Cet obstacle ne paraît pas décisif dans la jurisprudence de fond, ex. Gand, 13 novembre 2014, *Rev. dr. santé*, 2015-2016, p. 109.

⁸⁸ Cependant, il ne faut pas non plus se montrer excessivement rigoureux. Dans le cas d'un avocat ayant omis d'interjeter appel dans le délai légal, la seule circonstance que la décision de poursuivre la procédure dépendait du bon vouloir du client ne peut suffire à priver celui-ci d'une indemnisation pour la perte d'une chance de gagner le procès. Dès le moment où la volonté d'interjeter appel ressort, notamment, d'un faisceau de pré-

En toute hypothèse, la perte de la chance doit être une suite nécessaire de la faute⁸⁹. La victime doit prouver que, sans le fait générateur, elle n'aurait pas perdu la chance en question. La théorie doit donc toujours passer le test de l'équivalence des conditions, mais l'examen se fait au regard du nouveau dommage considéré, en lieu et place du dommage réellement subi⁹⁰.

Enfin, dans le respect du principe dispositif, la demande d'indemnisation portant sur la perte d'une chance doit-elle être expressément formulée par une partie à la cause, le cas échéant à titre subsidiaire après avoir réclamé, à titre principal, la réparation du dommage réellement subi⁹¹? Le juge ne peut en effet statuer *ultra petita* en modifiant l'objet de la demande⁹². Cependant, selon la Cour de cassation, « Le juge, qui, saisi d'une demande en réparation du dommage né de la non-réalisation d'un avantage ou de la réalisation d'un désavantage, accorde la réparation de la perte d'une chance d'obtenir cet avantage ou d'éviter ce désavantage, ne modifie pas l'objet de la demande. Il est en droit de le faire dès lors qu'il respecte les droits de la défense »⁹³. Le juge est donc libre d'examiner d'office la réparation de la perte d'une chance, pour autant qu'il soumette la question aux débats.

§ 3. Difficultés découlant de la référence au dommage réparable

Concevoir la perte d'une chance sous l'angle du dommage réparable n'est pas entièrement satisfaisant sur le plan intellectuel. Quelle que soit la situation envisagée, force est de constater que la victime subit un dommage concret (la perte du profit de la course pour le propriétaire du cheval; le décès ou les séquelles résultant de l'intervention médicale; etc.) et c'est l'impossibilité d'établir le lien de causalité entre la faute et ce dommage qui oblige à trouver

somptions, la chance est objectivable et ses caractères réel et sérieux pourront être examinés (en fonction de l'issue probable du litige). Pour des illustrations récentes de chances perdues par la faute d'un avocat: Mons, 28 novembre 2017, *R.G.A.R.*, 2018, n° 15481; Civ. Namur, div. Dinant, 1^{er} juin 2017, *For. ass.*, 2018, p. 30, note G. DAVID.

⁸⁹ Cass., 9 octobre 2015, *R.G.* n° C.14.0277.F; Cass., 23 septembre 2013, *Pas.*, 2013, p. 1755; Cass., 15 mars 2010, *Pas.*, 2010, p. 839; Cass., 26 juin 2008, *Pas.*, 2008, p. 1688; Cass., 5 juin 2008, *R.G.* n° C.07.0199.N; Cass., 21 avril 2016, *R.G.* n° C.15.0286.N; I. BOONE et K. RONSJN, « Vergoeding voor het verlies van een kans na het arrest Prizrak », *C.R.A.*, 2015/4, p. 6.

⁹⁰ Liège, 20 novembre 2017, *R.G.A.R.*, 2018, n° 15493.

⁹¹ Cette exigence paraît à ce point essentielle que plusieurs commentateurs y ont vu l'unique raison de la censure de la Cour de cassation dans le fameux arrêt du 1^{er} avril 2004 (jeune fille vitriolée), qui a fait couler beaucoup d'encre et a un temps semblé condamner la conception extensive de la théorie (*supra*, note 71).

⁹² Art. 807 et 1138, 2^e, C. jud.; G. DE LEVAL, *Éléments de procédure civile*, 2^e éd., Bruxelles, Larcier, 2005, pp. 35 et s.; Cass., 20 février 2002, *R.G.* n° P01.1045.F. Le juge ne modifie pas l'objet de la demande s'il ne fait qu'user de son pouvoir de requalification (Cass., 12 novembre 2008, *R.G.* n° P07.1627.F).

⁹³ Cass., 14 décembre 2017, *R.G.* n° C.16.0296.N; Cass., 1^{er} décembre 2017, *R.G.A.R.*, 2018, n° 15527.

une solution. Incontestablement, la perte d'une chance est une problématique relevant, avant tout, de la causalité. La référence au dommage réparable n'est pas exempte de critiques et montre d'ailleurs ses limites.

Théoriquement, on peut se demander ce qui empêcherait une victime de présenter une réclamation portant cumulativement sur le dommage final et sur la perte de chance d'éviter ce même dommage, évaluée distinctement, dès lors qu'on en fait deux préjudices distincts. La Cour de cassation ne s'encombre pas de cette difficulté lorsqu'elle décide, certes avec bon sens mais sans autre explication, que « Le juge qui constate que la faute d'une partie justifie la résolution judiciaire du contrat et qui accorde à l'autre partie la réparation du dommage consistant en la privation du profit qu'elle escomptait ne peut allouer en outre à celle-ci la réparation du dommage consistant en la perte de la chance de ne pas subir cette privation »⁹⁴.

Cette solution ne va pourtant pas de soi lorsqu'on a égard aux conséquences – logiques cette fois – que la même Cour⁹⁵, au même titre d'ailleurs que la Cour constitutionnelle⁹⁶, tire de cette distinction entre les deux dommages – dommage réellement subi et perte d'une chance – en matière de subrogation des organismes assureurs. Les deux hautes juridictions estiment en effet que ceux-ci ne peuvent être subrogés dans les droits de la victime si elle ne peut prétendre, en droit commun, qu'à une indemnisation pour perte de chance, dommage qui ne correspond pas, en tant que tel, au préjudice corporel qui a donné lieu à l'intervention des organismes assureurs. Ainsi, « En vertu de l'article 136, § 2, alinéa 4, de la [loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités, coordonnée le 14 juillet 1994], l'organisme assureur est subrogé de plein droit au bénéficiaire à concurrence du montant des prestations octroyées, par la totalité des sommes qui sont dues en vertu d'une législation belge, d'une législation étrangère ou du droit commun et qui réparent partiellement ou totalement le dommage visé à l'alinéa 1^{er}. Le dommage pour cause d'incapacité de travail visé à l'article 136, § 2, [...] consiste en la perte ou la réduction de la capacité d'acquérir grâce à son travail les revenus permettant de subvenir à ses besoins. Ce dommage est le même dommage que le dommage qui fait l'objet de l'incapacité de travail prévue en droit commun. [...] Le juge peut allouer une indemnité pour la perte d'une chance d'obtenir un avantage ou d'éviter un désavantage pour autant que la perte de cette chance résulte d'une faute. Seule la valeur économique de la chance perdue est réparable. Cette valeur ne saurait constituer le montant total du préjudice finalement subi ou de l'avantage finalement perdu. Il s'ensuit que la perte de

la chance de récupérer la capacité de travailler ne constitue pas un dommage au sens de l'article 136, § 2, de la loi relative à l'assurance obligatoire soins de santé et indemnités »⁹⁷. La Cour constitutionnelle précise, après avoir relevé une violation du principe de non-discrimination : « Les dispositions en cause ne sauraient être interprétées de manière conforme à la Constitution sans qu'il soit porté atteinte à la définition autonome du dommage que constitue la perte d'une chance. Il appartient au législateur de prendre en considération cette composante du préjudice indemnisable, en permettant la subrogation des organismes assureurs en ce qui concerne l'indemnisation d'une chance perdue ou en prévoyant un droit au remboursement des indemnités qu'ils ont octroyées, à concurrence de l'indemnisation de droit commun accordée à l'assuré du fait de la chance définitivement perdue. Dans l'attente de l'intervention du législateur, il appartient au juge d'autoriser, selon les circonstances, la subrogation précitée ou le droit au remboursement précité »⁹⁸.

Face à ces difficultés, il n'est pas étonnant qu'une partie de la doctrine plaide pour plus d'orthodoxie, en franchissant le pas d'une véritable responsabilité proportionnelle⁹⁹, selon une analyse de la probabilité que la faute engendre, du point de vue causal, le dommage tel qu'observé *in concreto*.

§ 4. L'avant-projet de réforme : vers une responsabilité proportionnelle

Si l'on excepte l'alinéa 2 de l'article 5.162 déjà analysé, la principale innovation du projet de réforme en matière de causalité se situe sans doute dans l'affirmation de la possibilité, pour le juge, de prononcer une responsabilité proportionnelle lorsqu'il est confronté à une incertitude causale. Ce faisant, on rend possible le partage de la charge du dommage entre la personne lésée et la personne dont la responsabilité est recherchée¹⁰⁰. C'est la solution retenue en matière de perte de chance. L'article 5.168 de l'avant-projet de réforme dispose en effet que « Si un fait générateur de responsabilité est une cause probable du dommage, alors que sans ce fait il y avait une chance réelle que le dommage ne se fût pas produit, la partie lésée a droit à réparation de son dommage en proportion de la probabilité que son dommage ait été causé par ce fait ».

L'assimilation des conceptions restrictive et extensive semble ressortir de la formule unique employée, référence générale au dommage qui s'est produit. En pratique, le résultat sera le même que celui auquel parvient jusqu'ici la juris-

⁹⁴ Cass., 22 juin 2017, R.G. n° C.13.0151.F.

⁹⁵ Cass., 23 septembre 2013, Arr. Cass., 2013, n° 472.

⁹⁶ C.C., 30 mars 2017, n° 42/2017, R.G.A.R., 2017, n° 15392.

⁹⁷ Cass., 23 septembre 2013, Arr. Cass., 2013, n° 472.

⁹⁸ C.C., 30 mars 2017, n° 42/2017, R.G.A.R., 2017, n° 15392.

⁹⁹ B. DUBUISSON, « La théorie de la perte d'une chance en question : le droit contre l'aléa ? », *op. cit.*, p. 495.

¹⁰⁰ Exposé des motifs de l'avant-projet de loi, p. 95.

prudence : « Il est [...] des situations dans lesquelles est intégralement indemnisée une probabilité perdue ; il en est d'autres dans lesquelles est indemnisé partiellement un dommage probable »¹⁰¹. Cependant, la réforme a le mérite de replacer le débat sous l'angle du lien causal, en instaurant une responsabilité proportionnelle directe, plutôt que de procéder par un détour, somme toute artificiel, par un autre dommage que celui concrètement subi par la victime. On ne s'écarte plus de ce dommage final, sans qu'il soit possible d'en obtenir l'entière réparation, mais tout en évitant, dans le même temps, une responsabilité sur la base de la simple augmentation d'un risque qui ne se serait pas réalisé. Aucune référence n'est faite au caractère séricieux de la chance, qui doit seulement être réelle. Exiger que la chance présente un certain degré de gravité peut peut-être se justifier si la perte de chance est regardée comme un préjudice de substitution, succédané du dommage réellement subi¹⁰². Ce n'est plus le cas si l'on fait revenir la problématique dans la seule sphère de la causalité : suivant la méthode de la réparation proportionnelle, quel que soit le degré de probabilité, ce dernier se répercutera directement sur l'importance de l'indemnisation¹⁰³.

Sous-section 2

La causalité alternative

La causalité alternative concerne une incertitude portant sur l'imputabilité du dommage à un responsable. Elle trouve application en présence d'une faute collective (§ 1) ou de faits distincts potentiellement à l'origine du dommage (§ 2). Ces deux hypothèses sont soumises à des régimes différents.

§ 1. La faute collective

S'il est classique de présenter la faute collective par comparaison avec les fautes concurrentes et communes, force est d'admettre qu'elle ne s'inscrit pas, à proprement parler et comme les deux autres, dans la problématique de la causalité multiple¹⁰⁴ : la difficulté réside ici dans l'identification du responsable de l'unique fait générateur du dommage¹⁰⁵. On parle de faute collective lorsqu'un dommage a été causé, même sans collaboration délibérée, par un individu non identifié faisant partie d'un groupe déterminé : la jurisprudence retient alors la

¹⁰¹ I. DURANT, « À propos de ce lien qui doit unir la faute au dommage », *op. cit.*, p. 45.

¹⁰² *Supra*, § 2.

¹⁰³ En France, le projet de réforme a pris le parti de maintenir la conception de la perte d'une chance comme préjudice réparable, distinct du dommage final, en rappelant que l'indemnisation ne peut être égale à l'avantage qu'aurait procuré la chance si elle s'était réalisée (article 1238).

¹⁰⁴ *Infra*, section 3.

¹⁰⁵ J.-L. FAGNART, « La causalité », vol. 2, *op. cit.*, p. 47.

faute collective de l'ensemble des membres du groupe, qui sont responsables *in solidum* en raison de la faute qu'ils ont commise en participant à une activité dangereuse¹⁰⁶ (ex. chasse non réglementaire, rixe, partie de football organisée le long d'une chaussée, etc.). Le dommage est rattaché à une faute antérieure au fait dommageable proprement dit¹⁰⁷. La mise en œuvre de la règle peut poser question lorsque l'acte est commis à l'occasion de l'exercice d'un droit fondamental, par exemple au cours d'une grève ou d'une manifestation : encore faut-il démontrer que la personne dont la responsabilité est recherchée a bien participé à l'activité fautive (ex. des actes de vandalisme), au-delà de la simple participation à la grève ou à la manifestation. En toute hypothèse, on ne peut retenir la responsabilité de celui des membres qui prouve son absence de faute.

L'article 5.167 de l'avant-projet consacre cet acquis : « Lorsque plusieurs personnes participent à une même activité fautive et que l'une ou plusieurs d'entre elles causent un dommage à cette occasion, mais qu'on ne peut pas déterminer qui l'a causé, toutes sont responsables *in solidum*. Celle qui prouve qu'elle n'a pas causé le dommage n'est toutefois pas responsable ».

§ 2. L'incertitude causale face à des faits distincts

A. Une hypothèse non solutionnée en droit belge

Il arrive aussi, face à différentes sources potentielles du dommage, qu'il ne soit pas possible de démontrer scientifiquement laquelle est la cause réelle de celui-ci. La cause du dommage est connue, mais pas la source de cette cause. Comme dans la faute collective, le responsable ne peut être identifié, mais cela découle cette fois de l'incertitude sur « la situation de fait existant lors de la survenance du dommage »¹⁰⁸. En d'autres termes, il n'est plus question d'une activité préjudiciable unique et concertée. Néanmoins, il est certain que le dommage trouve sa cause dans telle activité, tel produit, tel événement, ceux-ci pouvant être rattachés à un groupe déterminé de personnes dont font partie les défendeurs en responsabilité.

Un exemple connu est celui de la victime d'un produit défectueux, tel un médicament, mis sur le marché simultanément par plusieurs producteurs, sans qu'il soit possible d'identifier la provenance du produit utilisé par la victime¹⁰⁹. Il en va de même d'un patient transitant par plusieurs établissements hospita-

¹⁰⁶ Cass., 2 octobre 1939, *Pas.*, 1939, I, p. 396 ; Cass., 27 février 2001, *Pas.*, 2001, I, p. 366 ; Bruxelles, 26 juin 1990, R.G.A.R., 1991, n° 11757 ; M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, p. 70.

¹⁰⁷ Exposé des motifs de l'avant-projet de loi, p. 108.

¹⁰⁸ Exposé des motifs de l'avant-projet de loi, p. 126.

¹⁰⁹ En France, voy. Cass. fr., 1^{re} ch. civ., 24 septembre 2009, n°s 08-10081 et 08-16305, *RTD civ.*, 2010, 111, note P. JOURDAIN.

liers et contractant une infection nosocomiale à un moment indéterminé¹¹⁰. À part solliciter du juge une appréciation plus souple des règles probatoires en matière de responsabilité, la victime est relativement démunie dans l'état actuel du droit belge, si elle ne peut bénéficier par ailleurs de l'intervention d'un fonds d'indemnisation. « La solution selon laquelle la personne n'est pas du tout indemnisée alors qu'elle peut démontrer que le dommage a été causé par un défendeur parmi un nombre restreint de personnes ayant exercé distinctement la même activité est insatisfaisante. Il n'est pas raisonnable de faire supporter la charge complète du dommage sur la personne lésée et d'exonérer complètement les éventuels responsables qui ont vraisemblablement causé le dommage »¹¹¹. Un régime qui retiendrait l'entière responsabilité de chacun des potentiels auteurs ne serait pas plus juste : il « pourrait avoir pour effet que celui qui a pu causer le dommage doive non seulement répondre du dommage qu'il n'a probablement pas causé, mais aussi du dommage qu'il n'a certainement pas pu causer »¹¹². Une telle responsabilité pour le tout, avec possibilité de preuve contraire, est pourtant la solution la plus fréquemment appliquée dans la jurisprudence et les législations étrangères^{113, 114}.

B. L'avant-projet de réforme du Code civil

S'agissant de l'incertitude causale en présence de faits distincts, le projet retient, comme pour la perte d'une chance, la solution d'une responsabilité en proportion de la probabilité de survenance du risque réalisé. L'article 5.169 est rédigé comme suit : « Lorsque plusieurs personnes, par des faits générateurs de responsabilité distincts, ont exposé la personne lésée à un risque de survenance du dommage qui s'est réalisé, sans que l'on puisse déterminer précisément qui l'a causé, chacune d'elles est responsable en proportion de la probabilité qu'elle ait causé ce dommage. Celle qui prouve qu'elle n'a pas causé le dommage n'est toutefois pas responsable ».

¹¹⁰ La Cour de cassation française a déjà eu à connaître de ce cas d'espèce, notamment dans un arrêt du 17 juin 2010, JCP, 2010, note 870, obs. O. GOUR, « Les avancées de la causalité juridique ».

¹¹¹ Exposé des motifs de l'avant-projet de loi, p. 128.

¹¹² Exposé des motifs de l'avant-projet de loi, p. 135.

¹¹³ Voy. exposé des motifs, pp. 129-132 ; J.-L. FAGNART, « La causalité », *op. cit.*, pp. 51-52. Certains systèmes juridiques ont recours à la méthode dite *balance of probabilities*, qui conduit à considérer que la causalité est établie lorsque la probabilité est supérieure à 50 % (B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, in *La responsabilité civile – Chronique de jurisprudence 1996-2007*, vol. 1 : *Le fait générateur et le lien causal*, coll. Les dossiers du J.T., vol. 74, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 365).

¹¹⁴ Le Draft Common Frame of Reference va dans le même sens : « Where legally relevant damage may have been caused by any one or more of a number of occurrences for which different persons are accountable and it is established that the damage was caused by one of these occurrences but not which one, each person who is accountable for any of the occurrences is rebuttably presumed to have caused that damage » (art. VI.-4, 103). En France, la même solution était prônée par le projet Terré.

Le droit belge offrirait ainsi, pour la première fois, une solution aux victimes de l'activité fautive (souvent industrielle ou commerciale) considérée, au-delà des régimes existants de responsabilité objective et de sécurité sociale. Il rejoint plusieurs applications jurisprudentielles étrangères¹¹⁵, ainsi que les Principes du droit européen de la responsabilité civile : « En cas d'activités multiples, dès lors que chacune d'elles prise isolément aurait été suffisante pour causer le dommage, mais que celle ayant effectivement conduit à sa réalisation reste incertaine, chaque activité est considérée comme une cause, en proportion de sa contribution probable au dommage subi par la victime » (art. 3, 103)¹¹⁶. Aux États-Unis, le même résultat est atteint via la théorie des parts de marché : chaque auteur potentiel est tenu en proportion de sa part de marché dans l'activité qu'il déploie¹¹⁷, ce qui permet d'éviter de retenir l'entière responsabilité d'un défendeur alors qu'il est possible que le produit à l'origine du dommage émane d'une personne qui n'a pas été mise à la cause. Dans le système retenu, la personne lésée doit faire la preuve du degré de probabilité s'attachant à chacun des auteurs. « Si la probabilité est la même pour chacun des défendeurs, le nombre de responsables potentiels est déterminant ; dans les autres cas, l'élément déterminant peut être la part de marché détenue par chacun, par exemple »¹¹⁸. Finalement, il est permis d'écrire qu'en « attribuant à chaque auteur potentiel une dette de responsabilité proportionnelle à la probabilité qu'il soit l'auteur réel du dommage », on rapproche le droit de la responsabilité de l'état des connaissances scientifiques en matière de statistiques et probabilités¹¹⁹.

Le projet français traite de concert la question des fautes collectives et celle de la causalité alternative en présence de faits distincts, les deux hypothèses entraînant une responsabilité pour le tout dans le chef de chacun des

¹¹⁵ Voy. exposé des motifs de l'avant-projet de loi, pp. 132-134.

¹¹⁶ L'article poursuit : « En cas de victimes multiples, dès lors qu'il n'est pas certain que le dommage subi par une victime particulière a été causé par une activité, alors même qu'il est probable qu'elle n'a pas causé le préjudice de toutes les victimes, cette activité est considérée comme une cause du dommage subi par toutes les victimes en proportion de sa contribution probable au dommage subi par une victime particulière ». On peut aussi citer la Convention du Conseil de l'Europe signée à Lugano le 21 juin 1993 sur la responsabilité civile des dommages résultant d'activités dangereuses pour l'environnement, dont l'article 10 invite le juge à tenir un raisonnement probabiliste, selon le risque accru de provoquer le dommage, cf. X. THUNIS, « Fonctions et fondements de la responsabilité en matière environnementale. Rapport belge », in *Les responsabilités environnementales dans l'espace européen. Point de vue franco-belge*, Bruxelles-Paris, Bruylant-L.G.D.J., 2006, p. 36, n° 9.

¹¹⁷ « Cette analyse probabiliste sera d'autant plus adaptée que le juge sera saisi par un grand nombre de victimes dans le cadre d'une action de groupe (*class action*) » (E. VERGÈS, « Les liens entre la connaissance scientifique et la responsabilité civile : preuve et conditions de la responsabilité civile », in *Preuve scientifique, preuve juridique*, Bruxelles, Larcier, 2012, pp. 150-151).

¹¹⁸ Exposé des motifs de l'avant-projet de loi, p. 136.

¹¹⁹ E. VERGÈS, *op. cit.*, p. 149.

membres du groupe visé¹²⁰. C'est seulement au stade de la contribution à la dette que la répartition se fera en proportion de la probabilité que chacun ait causé le dommage. Ce choix a toutefois été posé uniquement en cas de dommage corporel¹²¹; les autres dommages ne sont réglés par aucune disposition spécifique (il faut donc faire avec la règle générale de l'article 1239¹²²). Notons que le projet Terré, qui prévoyait de façon plus large une responsabilité pour le tout en cas de dommage « causé par un membre indéterminé d'un groupe de personnes agissant de concert », avait été critiqué par le groupe de travail de la Cour de cassation française, qui s'interrogeait sur « la possibilité d'induire de jurisprudences isolées un principe général de responsabilité collective »¹²³ et préconisait dès lors l'abandon de cette solution. Par ailleurs, alors que pareille référence a été abandonnée dans le projet belge, le dernier projet français vise des « activités similaires » potentiellement à l'origine du dommage, offrant ainsi un champ d'application *a priori* plus restreint à la disposition.

Actuellement, pour échapper aux effets d'une condamnation solidaire, les contrats d'assurance peuvent limiter la couverture à la part personnelle de responsabilité de l'assuré. En prévoyant une responsabilité proportionnelle, le projet belge entend aussi permettre une adéquation entre la responsabilité de droit commun et de telles limitations de garantie¹²⁴. L'argument ne nous semble toutefois valable que pour les assurances non obligatoires, dans lesquelles les exceptions liées à la part de responsabilité personnelle de l'assuré sont effectivement opposables à la victime¹²⁵.

C. Risque d'applications non voulues ?

Le droit des assurances offre une illustration des conséquences non désirées qui pourraient résulter de l'application de la nouvelle règle. Ainsi, l'ar-

¹²⁰ « Lorsqu'un dommage corporel est causé par une personne indéterminée parmi des personnes identifiées agissant de concert ou exerçant une activité similaire, chacune en répond pour le tout, sauf à démontrer qu'elle ne peut l'avoir causé. Les responsables contribuent alors entre eux à proportion de la probabilité que chacun ait causé le dommage » (art. 1240).

¹²¹ De façon générale, le projet français se montre très sensible à la protection des victimes de dommages corporels.

¹²² « La responsabilité suppose l'existence d'un lien de causalité entre le fait imputé au défendeur et le dommage. Le lien de causalité s'établit par tout moyen ».

¹²³ Groupe de travail sur le projet intitulé « Pour une réforme du droit de la responsabilité civile » sous la direction de François TERRÉ, précité, p. 8. Cf. H. et L. MAZEAUD, selon lesquels « La punition collective est dans la ligne totalitaire, elle n'est pas dans les traditions françaises; il y a là une règle d'élémentaire justice » (note, R.T.D.C., 1950, p. 191).

¹²⁴ Exposé des motifs de l'avant-projet de loi, p. 135.

¹²⁵ Art. 151 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances. Dans une assurance obligatoire, l'assureur ne peut au contraire échapper aux conséquences d'une condamnation solidaire ou *in solidum* au stade de l'obligation à la dette.

ticle 29^{ter} – qui a remplacé l'article 19bis-11, § 2¹²⁶ – de la loi sur l'assurance RC auto obligatoire, a pour but d'assurer une indemnisation aux victimes d'un accident de la circulation, dont il n'est pas possible d'identifier le responsable. Dans ce cas, la réparation est répartie entre les assureurs des différents véhicules impliqués, sauf pour chaque assureur à démontrer que son assuré n'est indubitablement pas responsable. On connaît l'évolution de la jurisprudence qui a conduit au remplacement de l'article 19bis-11, §2: les termes larges de la loi permettaient qu'un conducteur dont la responsabilité était douteuse bénéficie du régime, en ce compris pour les dégâts à son propre véhicule¹²⁷. Cela dépassait manifestement l'intention initiale du législateur, qui était de protéger uniquement les *victimés innocentes* – certainement innocentes –, d'où la modification intervenue. Le nouvel article 5.169 ne permettra-t-il pas à nouveau aux conducteurs d'obtenir une indemnisation, en sollicitant une réparation proportionnelle à charge des autres véhicules impliqués? On peut objecter que, dans cette situation, l'incertitude marque tant le fait générateur que le lien causal, alors que la responsabilité proportionnelle ne trouve en principe à s'appliquer qu'en cas d'incertitude causale. Il est toutefois parfaitement envisageable, dans le cadre d'un accident de la circulation, que seule la causalité pose question alors qu'une faute est avérée (ex. défaut de permis ou de contrôle technique).

Paradoxalement, alors que les auteurs du projet ont entendu offrir une réparation aux personnes exposées à un risque de survenance d'un dommage qui s'est réalisé, l'exigence d'un fait générateur de responsabilité à l'origine de ce risque ne permet pas de régler l'hypothèse de l'infection nosocomiale contractée à l'occasion du passage dans différents hôpitaux. Il s'agit pourtant d'une des illustrations classiques de la causalité alternative. Dans ce cas en effet, les questions de la faute et du lien causal sont étroitement liées: un seul hôpital a manqué à ses obligations de sécurité, sans qu'on puisse dire lequel¹²⁸.

¹²⁶ Loi du 31 mai 2017 modifiant la loi du 21 novembre 1989 relative à l'assurance obligatoire de la responsabilité en matière de véhicules automoteurs, M.B., 12 juin 2017.

¹²⁷ Sur cette évolution, voy. not. B. DE CONINCK et N. SCHMITZ, « L'article 19bis-11, § 2, de la loi du 21 novembre 1989 – L'obligation d'indemnisation automatique dans le cas d'un accident de la circulation sans responsabilité, impliquant plusieurs véhicules (première et deuxième parties) », R.G.A.R., 2016, n°s 15277 et 15285.

¹²⁸ À contre-courant de sa jurisprudence en matière de maladies nosocomiales, la Cour de cassation française, dans une affaire portant sur l'oubli d'une compresse au cours de l'une ou l'autre des interventions subies par le patient, considère que « s'agissant d'une responsabilité personnelle, elle implique que soit identifié le professionnel de santé ou l'établissement de santé auquel elle est imputable ou qui répond de ses conséquences » (Cass. fr., 1^{re} ch. civ., 3 novembre 2016, n° 15-25348, JCP, 2016, 1205, note P. SARGOS, JCP, 2017, 257, note M. BACACHE, *Gaz. Pal.*, 2017, n° 2, p. 28, note M. MEKKI, D., 2017, 24 obs. O. GOUT). Selon M. Bacache, la solution étonne lorsqu'on la compare avec les décisions ayant fait une place à la faute collective en droit français. « Pour autant, elle pourrait se justifier par la fonction punitive de la responsabilité pour faute. Si la responsabilité sans faute peut s'accommoder de probabilité, la responsabilité sanction ne peut jouer son rôle que si elle pèse sur le fautif. Cette conception restrictive du domaine de la causalité alternative se justifie par la nature même de

À l'inverse, l'exemple des accidents de la circulation témoigne de la possibilité d'applications extensives de la disposition envisagée.

Section 3

Les difficultés liées à la causalité partagée

Contrairement à la causalité alternative, la causalité partagée vise des situations où plusieurs personnes ont contribué à la survenance du dommage. La causalité peut être partagée entre tiers, répondant ensemble du dommage de la victime (sous-section 1), ou bien entre un tiers et la victime elle-même, ce qui conduit à un partage de responsabilité dès le stade de l'obligation à la dette (sous-section 2).

Sous-section 1

Pluralité de responsables

Lorsqu'un même dommage trouve son origine dans un fait commis par plusieurs auteurs ou dans plusieurs faits générateurs distincts, la question de l'ampleur de la responsabilité à l'égard de la victime trouve la même réponse : au stade de l'obligation à la dette, chacun est tenu de l'entière responsabilité du dommage. Se pose ensuite la question de la contribution à la dette et de ses critères.

§ 1. Fautes concurrentes et faute commune

Des fautes concurrentes entraînent la responsabilité *in solidum* de leurs auteurs¹²⁹. C'est le cas lorsque plusieurs personnes commettent des fautes distinctes et indépendantes, ayant pour seul point commun le préjudice qui en est résulté¹³⁰. Le raisonnement repose sur l'idée d'indivisibilité du lien causal dans la théorie de l'équivalence des conditions¹³¹ : « chacun est tenu au tout car il a causé le tout ».

cette causalité. Étant plus éloignée de la vérité factuelle qu'une présomption, la causalité alternative constitue une véritable fiction qui contredit la causalité matérielle, permettant de retenir la responsabilité de tous alors qu'il est établi que certains ne sont pour rien dans la genèse du dommage. Il est dès lors légitime de chercher à en réduire le domaine. Elle ne se justifie dès lors que si tous les responsables *in solidum* ont commis une faute même si un doute subsiste sur l'imputabilité du dommage à l'un des fautifs. Or le projet de réforme ne distingue pas selon le fondement de la responsabilité en cause, subjective ou objective (art. 1240) » (M. BACACHE, « Les méandres de la causalité. Rapport français », in *La réforme du droit de la responsabilité en France et en Belgique*, Travaux du GRECA, Bruxelles, Kluwer, 2019, à paraître).

¹²⁹ La personne lésée doit en faire la demande, la règle n'étant pas d'ordre public.

¹³⁰ Cass., 10 janvier 1952, *Pas.*, 1952, I, p. 352; Cass., 17 février 1974, *Pas.*, 1974, I, p. 633; Cass., 19 mai 1993, *Pas.*, 1993, I, p. 496.

¹³¹ R.O. DALCQ, *Traité de la responsabilité civile*, t. II, Bruxelles, Larcier, 1962, n° 2566; J.-L. FAGNART, « La causalité », *op. cit.*, n° 419.

La faute commune, quant à elle, suppose que plusieurs personnes contribuent sciemment à produire le fait dommageable¹³². Ces personnes sont alors tenues solidairement responsables en vertu d'un principe général du droit dont l'article 50 du Code pénal¹³³ est une application en ce qui concerne les coauteurs d'infractions¹³⁴.

L'avant-projet consolide les acquis en réglant tour à tour le sort des fautes concurrentes¹³⁵, communes¹³⁶ et collectives (cette dernière catégorie a déjà été analysée à propos de la causalité alternative). Il confirme notamment le type de responsabilité qui découle de chacune de ces fautes : la solidarité en cas de faute commune, l'*in solidum* en cas de faute concurrente ou collective. Soumettre les fautes concurrentes et les fautes communes au même type de responsabilité aurait permis de se contenter d'une seule disposition englobant les deux catégories, comme c'est le cas à l'article 1265 du projet français : « Lorsque plusieurs personnes sont responsables d'un même dommage, elles sont solidairement tenues à réparation envers la victime ». L'article III.-4, 103 (2), du Draft Common Frame of Reference et l'article 9, 101 (1), des Principes du droit européen de la responsabilité civile prévoient eux aussi que la solidarité est la règle. Les auteurs du projet belge penchaient davantage vers une responsabilité *in solidum* généralisée, qui n'a finalement pas été retenue par souci de cohérence avec la solidarité prévue en droit pénal en cas d'infractions communes¹³⁷.

Le projet consacre également, à l'article 5.165, la responsabilité de celui qui aide ou incite à la commission de la faute : « Quiconque incite une autre personne à commettre une faute ou lui apporte son aide à cette fin, est responsable *in solidum* avec cette personne du dommage causé par cette faute ». Cette affirmation présente l'avantage de rendre superflue l'obligation, pour la victime, d'apporter la preuve distincte que le dommage ne serait pas né sans l'action de

¹³² Cass., 17 février 1974, précité; Cass., 3 mars 1999, *J.L.M.B.*, 2001, p. 716; R.O. DALCQ, *Traité*, t. II, n° 2569.

¹³³ « Tous les individus condamnés pour une même infraction sont tenus solidairement des restitutions et des dommages-intérêts. Ils sont tenus solidairement des frais, lorsqu'ils ont été condamnés par le même jugement ou arrêt.

Néanmoins, le juge peut exempter tous ou quelques-uns des condamnés de la solidarité, en indiquant les motifs de cette dispense, et en déterminant la proportion des frais à supporter individuellement par chacun d'eux.

Les individus condamnés par des jugements ou arrêts distincts ne sont tenus solidairement des frais qu'à raison des actes de poursuite qui leur ont été communs ».

¹³⁴ Sont visées tant les infractions intentionnelles que non intentionnelles, Cass., 25 novembre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 337.

¹³⁵ « Art. 5.164. Faits générateurs de responsabilité concurrents.

Si plusieurs fautes ou autres faits générateurs de responsabilité dont doivent répondre des personnes différentes sont la cause d'un même dommage, ces personnes sont responsables *in solidum* de ce dommage ».

¹³⁶ « Art. 5.166. Faute commune.

Lorsque plusieurs personnes collaborent sciemment dans le but de causer un dommage, elles sont solidairement responsables du dommage causé par cette faute commune ».

¹³⁷ Exposé des motifs de l'avant-projet de loi, p. 107.

cette personne. Les termes « aide » et « incitation » n'étaient, dans la première mouture du projet, pas autrement précisés : on pouvait s'inquiéter de l'interprétation large, et partant inadéquate, qu'ils étaient susceptibles de recevoir. Le vendeur d'un couteau pourrait-il être tenu responsable, par ce simple fait, d'un meurtre commis ensuite par l'acheteur ? Ce n'était évidemment pas l'intention des auteurs : « La règle ne s'applique que si la personne qui en aide une autre le fait en vue de rendre la faute possible ou de la faciliter »¹³⁸. Le texte a donc utilement été complété par les mots « à cette fin ». Mais dès lors qu'il est question du concours conscient d'un tiers, on peut se demander dans quelle mesure la faute de celui-ci ne devrait pas être assimilée à une faute commune, et donc donner lieu à une responsabilité solidaire, et non *in solidum* comme prévu.

§ 2. Contribution à la dette et incidence de la faute intentionnelle d'un des coresponsables

Au stade contributoire, chacune des situations impliquant une pluralité de responsables peut donner lieu à un partage de la charge du dommage, variant en fonction de différents critères¹³⁹ : gravité des fautes respectives¹⁴⁰, incidence causale de chaque faute sur le dommage¹⁴¹ ou partage par parts viriles¹⁴². Le deuxième critère l'emporte dans la jurisprudence récente de la Cour de cassation. Il n'est pourtant pas exempt de critiques, étant donné qu'il traduit un abandon de la théorie de l'équivalence des conditions au stade de la contribution à la dette¹⁴³.

À cet égard, une question controversée concerne le concours de fautes intentionnelles et non intentionnelles dans la survenance du dommage de la victime. On sait que, par exception à l'équivalence des conditions, l'adage *fraus omnia corrumpit* fait obstacle à un partage de responsabilité lorsqu'une faute d'imprudence de la victime a concouru avec une faute intentionnelle

du défendeur¹⁴⁴. Dans un arrêt du 2 octobre 2009, la Cour de cassation ne suit pas ce raisonnement en décidant, dans le cadre du recours contributoire entre coauteurs condamnés *in solidum*, qu'il est indifférent que certaines des fautes concurrentes soient intentionnelles et d'autres pas¹⁴⁵. Plus exactement, le caractère intentionnel de la faute intervient éventuellement comme critère de répartition selon la gravité des fautes respectives, mais il ne fait pas obstacle au partage de responsabilité en tant que tel. L'auteur de la faute intentionnelle est donc fondé à exercer un recours contributoire¹⁴⁶. Le principe général de droit *fraus omnia corrumpit* a pourtant une portée... générale et, en toute logique, il devrait aussi s'appliquer dans ce cas de figure¹⁴⁷, à tout le moins lorsque la faute présente un caractère frauduleux (acte déloyal avec intention de nuire, la seule conscience d'un dommage possible ne suffisant pas)¹⁴⁸. En France, ce résultat est atteint par un recours à la causalité adéquate, ce qui est aussi critiquable dans la mesure où, pas plus que l'équivalence des conditions, cette théorie n'autorise une sélection entre les différentes causes en fonction de leur gravité¹⁴⁹. Le professeur Fagnart, de son côté, est d'avis que la faute intentionnelle n'absorbe la causalité que si elle remplit les conditions de la force majeure¹⁵⁰.

C'est la section 6 de l'avant-projet de réforme qui traite des « Actions en remboursement »¹⁵¹. L'article 5.189, alinéa 2, s'inscrit dans la jurisprudence de la

¹⁴⁴ Cf. *infra*, sous-section 2, § 3, note 161.

¹⁴⁵ Cass., 2 octobre 2009, *N.J.W.*, 2010, p. 318, note I. B., *J.T.*, 2010, p. 540.

¹⁴⁶ Cass. 16 mai 2011, *Pas.*, 2011, p. 1337.

¹⁴⁷ J.-Fr. ROMAIN, *Théorie critique du principe général de bonne foi en droit privé. Des atteintes à la bonne foi en générale, et de la fraude en particulier (fraus omnia corrumpit)*, Bruxelles, Bruylant, 2000, n° 222 et 341.2.1 ; A. LENAERTS, « Le recours contributoire entre coobligés *in solidum* et l'influence de la faute intentionnelle : *fraus omnia corrumpit* ? », *J.T.*, 2010, pp. 534-535 ; S. GUILLIAMS, « De verdeling van de schadelast bij samenloop van een opzettelijke en een onopzettelijke fout », *R.W.*, 2010-2011, pp. 477 et s. ; B. WEYTS, « Geen toepassing van de *Fraus omnia corrumpit* bij in solidum aansprakelijkheid : un accident de parcours ? », *Bull. ass.*, 2010, p. 447.

¹⁴⁸ Des controverses entourent les notions de fraude et de faute intentionnelle, voy. Cass., 16 novembre 2015, *Pas.*, 2015, n° 679 ; P. VAN OMMESELAGHE, *op. cit.*, n° 1115 ; Fr. GLANSBORFF, « L'adage *fraus omnia corrumpit* », *J.T.*, 2018, p. 132.

¹⁴⁹ A. LENAERTS, « Le principe général du droit *Fraus omnia corrumpit* : difficultés et possibilités en droit privé belge », in *Théorie générale des obligations et contrats spéciaux*, coll. Commission Université-Palais, vol. 168, Bruxelles, Larcier, 2016, p. 36.

¹⁵⁰ J.-L. FAGNART, « La causalité », *op. cit.*, n° 406 ; Cass., 20 mars 2003, *Pas.*, 2003, I, p. 565 (fautes concurrentes du voleur du sac d'une patiente et de l'hôpital dont la négligence a permis le vol).

¹⁵¹ « À moins que le contraire ne résulte de la loi ou d'un contrat, les règles suivantes sont applicables aux actions en remboursement entre coresponsables.

Lorsque plusieurs personnes sont tenues à réparation sur le fondement d'une responsabilité découlant du présent chapitre, celui qui a indemnisé la personne lésée peut exercer un recours contre les autres responsables dans la mesure de la contribution du fait générateur de responsabilité imputable à ceux-ci à la survenance du dommage.

Celui qui est responsable sur le fondement d'une faute qui a été commise avec l'intention de causer un dommage ne peut pas exercer un recours contre un coresponsable qui n'a pas agi avec la même intention.

Celui qui est responsable sans faute peut exercer un recours pour l'intégralité de l'indemnité à laquelle il est tenu contre celui qui, par sa faute, a permis la réunion des conditions de cette responsabilité » (art. 5.189).

¹³⁸ Exposé des motifs de l'avant-projet de loi, p. 105. Un reproche comparable à celui de la première version de l'avant-projet peut être formulé à l'encontre de l'article VI-4, 102, du Draft Common Frame of Reference.

¹³⁹ Voy. A. CATALDO et M. NOUNCKELE, « Deux questions en matière de solidarité : ses aménagements conventionnels et la portée du recours contributoire », in *Théorie générale des obligations et contrats spéciaux. Questions choisies*, coll. Commission Université-Palais, vol. 168, Bruxelles, Larcier, 2016, pp. 312-321 ; B. DE CONINCK, « Le recours après indemnisation en matière de responsabilité civile extracontractuelle : la condamnation *in solidum* et la contribution à la dette », *J.T.*, 2010, p. 757.

¹⁴⁰ Cass., 29 octobre 1987, *Pas.*, 1988, I, p. 251 ; Cass., 8 octobre 1992, *Pas.*, 1992, I, p. 1124, concl. Av. gén. PIET ; Cass., 29 novembre 1995, *Larcier Cass.*, 1995, n° 1319.

¹⁴¹ Cass., 7 novembre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 249 ; Cass., 4 février 2008, *Pas.*, 2008, p. 329 ; Cass., 2 octobre 2009, *N.J.W.*, 2010, p. 318, note I. B., *J.T.*, 2010, p. 540 ; Cass., 14 février 2013, *Pas.*, 2013, I, p. 429 ; Cass., 13 mars 2013, *Pas.*, 2013, I, p. 652 ; Cass., 3 mai 2013, *Pas.*, 2013, I, p. 1053 ; Cass., 19 novembre 2014, *R.G.* n° P.14.1139.F.

¹⁴² L. CORNELIS, « Le partage des responsabilités en matière aquilienne », *R.C.J.B.*, 1993, p. 336 ; R.O. DALCO, *Traité*, t. II, n° 2640.

¹⁴³ A. CATALDO et M. NOUNCKELE, *op. cit.*, p. 330 ; R.O. DALCO, *Traité*, t. II, n° 2640.

Cour de cassation, en retenant l'incidence causale comme critère de répartition de la charge finale du dommage. On peut y voir une nouvelle dérogation à la rigueur de l'équivalence des conditions, qui ne s'applique effectivement qu'au stade de l'obligation à la dette. L'article 1265 du projet français est pour sa part libellé comme suit : « Si toutes ou certaines d'entre elles [les personnes tenues solidairement pour un même dommage] ont commis une faute, elles contribuent entre elles à proportion de la gravité et du rôle causal du fait générateur qui leur est imputable. Si aucune d'elles n'a commis de faute, elles contribuent à proportion du rôle causal du fait générateur qui leur est imputable, ou à défaut par parts égales ». Il peut à première vue paraître plus équilibré, puisqu'il laisse une place à une appréciation basée sur la gravité de la faute. La solution belge devrait cependant être mise en perspective avec le nouvel article 5.189, alinéa 3. Celui-ci est appelé à régler le sort du concours de fautes intentionnelles et non intentionnelles entre coresponsables de façon analogue au concours avec une faute de la victime^{152, 153}. L'auteur d'une faute commise avec l'intention de causer un dommage ne disposerait plus d'aucun recours contre celui qui n'a pas agi avec la même intention. Dès lors que la faute intentionnelle absorbe, en toute hypothèse, la causalité, on peut considérer que l'essentiel de la problématique liée à la gravité de la faute est évacué. L'appréciation de la gravité des autres types de fautes, qu'elles soient plus ou moins lourdes, peut paraître subjective et délicate à opérer. Concentrer le débat sur l'incidence causale revient à objectiver le débat, mais réduit aussi la fonction punitive de la responsabilité.

Le critère de l'incidence causale est le seul envisageable en présence de responsabilités sans faute. Dans le même ordre d'idée, la personne tenue en vertu d'une responsabilité sans faute peut exercer un recours pour le tout contre l'auteur de la faute concurrente (art. 5.189, alinéa 4).

Sous-section 2

Impact de la faute ou du fait de la victime

§ 1. Explication générale

La prise en compte de la faute de la victime dans le droit commun de la responsabilité procède d'une contraction : l'action diligentée par la victime

¹⁵² *Infra*, sous-section 2, § 3.

¹⁵³ Le critère retenu s'aligne sur la jurisprudence relative à la faute intentionnelle en droit des assurances (voy. Cass., 24 avril 2009, *N.J.W.*, 2009, p. 635), et s'écarte par là de l'exigence de « fraude ». Cf. l'essai de synthèse d'une définition de la faute intentionnelle proposé par J.-L. Fagnart, « La causalité », *op. cit.*, n° 387 : « La faute imputable à son auteur, commise volontairement et caractérisée par la volonté ou du moins la conscience de causer un dommage certain ». La simple conscience ne semble pas suffisante au terme du projet, cf. Exposé des motifs de l'avant-projet de loi, p. 140.

et le recours exercé par le responsable qui doit indemniser cette dernière se confondent, au motif qu'un des auteurs est en même temps la victime du dommage. En contribuant à la survenance de son propre dommage, la victime cause en effet un autre dommage, celui résultant, pour le tiers responsable, de l'indemnisation de la victime au-delà de l'incidence de la faute qu'il a commise. Chacun pourrait dans ce cas de figure agir contre l'autre sur la base de l'article 1382 ; le partage des responsabilités est la solution qui permet d'éviter le morcellement des recours¹⁵⁴. Les critères d'évaluation de la faute de la personne lésée et de son incidence causale sur le dommage sont identiques aux règles déjà exposées¹⁵⁵. Jusqu'à l'introduction de la règle générale prévue par le projet de réforme pour les cas d'incertitude causale, la faute de la victime est finalement la seule hypothèse connue, en droit belge, de responsabilité proportionnelle au stade de l'obligation à la dette¹⁵⁶.

Il peut paraître curieux de traiter la faute de la victime sur le même plan que la perte de chances ou que la causalité alternative en présence de faits distincts. C'est pourtant ce que fait l'avant-projet, qui prévoit une sous-section relative à la pluralité de causes et y inclut l'article 5.170 portant sur la faute de la personne lésée. La faute de la personne lésée donne lieu à une réduction de la responsabilité dans la mesure où cette faute a contribué à la survenance du dommage. C'est en ce sens que l'on peut parler, ici aussi, de responsabilité proportionnelle. On retrouve cette idée à l'article 3, 106, des Principes du droit européen¹⁵⁷. Dans l'ensemble, le droit positif actuel est en grande partie confirmé, à l'exception notable de la faute commise par le mineur de moins de douze ans, dont la responsabilité personnelle ne pourrait plus être engagée¹⁵⁸.

Il est à noter que les auteurs du projet belge n'ont pas cru bon de prévoir une exception en faveur de la victime de dommages corporels. En France, seule une faute lourde de la personne lésée pourra entraîner une exonération partielle du tiers responsable de pareil dommage (art. 1254 du projet français). Il en était déjà question dans les projets antérieurs. Par ailleurs, le projet de réforme de la responsabilité civile prévoit également l'absence d'incidence du fait illicite de la victime dénuée de discernement (art. 1255) ainsi que l'opposabilité de la faute de la victime directe aux victimes par ricochet (art. 1256), solution également retenue chez nous.

¹⁵⁴ Cass., 2 avril 1936, *Pas.*, 1936, I, p. 208, avec les concl. de l'Av. gén. CORNIL.

¹⁵⁵ Cass., 5 septembre 2003, *Pas.*, 2003, p. 1360 ; M. VAN QUICKENBORNE, *op. cit.*, p. 99.

¹⁵⁶ Voy. B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *op. cit.*, p. 350 et p. 414, n° 487.

¹⁵⁷ « La victime doit supporter ses pertes dans la mesure correspondant à l'incidence possible d'une activité, d'un événement ou toute autre circonstance, incluant des événements naturels, du moment que cette cause se trouve dans sa sphère d'influence ».

¹⁵⁸ Moyennant une responsabilité objective des parents doublée d'une obligation d'assurance R.C. vie privée. Voy. dans cet ouvrage, la contribution de F. GEORGE ainsi que celle de B. GOFFAUX.

§ 2. Dommage causé par une personne dont répond la victime

Si le dommage a pour causes la faute d'un tiers et la faute d'une personne dont la victime répond, la Cour de cassation admet également le partage de responsabilité¹⁵⁹. On peut y voir, comme ci-dessus, une contraction des recours réciproques de la victime et du tiers responsable. La solution est critiquée au motif qu'elle revient à opposer à la personne lésée des présomptions de responsabilités du fait d'autrui qui devraient normalement profiter aux seules victimes, et qu'elle méconnaît en outre la condition d'altérité qui gouverne tout le droit de la responsabilité civile (« tout fait... qui cause à autrui un dommage »)¹⁶⁰. Dans un arrêt du 20 juin 2008¹⁶¹, la Cour de cassation a par exemple rappelé que la présomption de responsabilité établie par l'article 1384, alinéa 3, du Code civil n'existe qu'en faveur des tiers victimes, ce que n'est pas le commettant; dans le cas soumis à la Cour, le dommage résultait cependant de la seule faute du préposé, et il ne semble pas que la décision ait donné lieu à d'autres développements jurisprudentiels¹⁶².

Quoi qu'il en soit, le projet s'en tient aussi à la jurisprudence traditionnelle de la Cour en prévoyant que « Si une faute de la personne lésée ou d'une personne dont elle répond est une des causes du dommage, la responsabilité est réduite dans la mesure où cette faute a contribué à la survenance de ce dommage » (art. 5.170, § 1^{er}).

§ 3. Exceptions au partage de responsabilité

Le principe du partage connaît des exceptions. Il n'a pas lieu lorsque la victime ne dispose pas du discernement (par son jeune âge, en raison d'une perte momentanée de sa capacité de discernement ou de l'absence d'une volonté libre et réfléchie)¹⁶³, lorsqu'elle ne commet qu'une faute de négligence, concurrente d'une faute intentionnelle du tiers responsable (*fraus omnia corrumpit*)¹⁶⁴,

lorsqu'elle agit dans les liens d'un contrat de travail et qu'elle ne commet qu'une faute légère occasionnelle (art. 18 de la loi du 3 juillet 1978 relative aux contrats de travail), ou encore dans des régimes particuliers d'indemnisation, comme celui relatif à l'indemnisation des usagers faibles de la route où seule la faute intentionnelle¹⁶⁵ de la victime âgée de 14 ans ou plus prive celle-ci du droit à réparation (article 29bis, § 4, de la loi du 21 novembre 1989).

À l'inverse, la faute de la victime entraîne une exonération totale de responsabilité pour le tiers « si elle constitue un cas de force majeure pour l'auteur du fait dommageable ou si elle a pour effet d'effacer la relation causale entre la faute ou le fait de l'auteur et le dommage »¹⁶⁶. La faute intentionnelle de la victime est également absorbante¹⁶⁷.

Les paragraphes 2 et 3 de l'article 5.170 à l'étude sont conformes à la jurisprudence : « La responsabilité n'est pas réduite lorsque le dommage est la conséquence d'une faute du responsable commise avec l'intention de causer un dommage » ; « La personne lésée n'a pas droit à réparation si le dommage subi a été causé par sa propre faute commise avec l'intention de causer un dommage ». La disposition exclut toute réparation en faveur de la victime autrice d'une faute intentionnelle, quand bien même cette faute aurait concouru avec une autre faute intentionnelle. Nous sommes d'avis que la prise en considération de la faute concourant avec une faute intentionnelle, qu'elle soit commise par la victime ou un tiers, ne devrait pas être complètement exclue, notamment lorsque la faute intentionnelle a été précédée d'une provocation fautive. Il serait peut-être opportun de prévoir, pour ce genre de cas, une sorte d'exception à l'exception.

§ 4. Conséquence sur le préjudice par répercussion

Le préjudice par répercussion des ayants droit suit le sort du dommage subi par la victime directe, lorsque celle-ci a contribué fautivement à sa survenance. La Cour de cassation, depuis de nombreuses années, conclut à l'opposabilité de la responsabilité personnelle de la victime directe aux victimes

op. cit., p. 1642, n° 1115). Cette jurisprudence a été confirmée ultérieurement : Cass., 9 octobre 2007, *Pas.*, 2007, p. 1739; Cass., 6 novembre 2007, *Pas.*, 2007, p. 1942; Cass., 18 mars 2010, *R.G.D.C.*, 2012, p. 31, note A. LENAERTS; Cass., 30 septembre 2015, *J.T.*, 2015, p. 844 (à l'égard du commettant en cas de faute intentionnelle de son préposé). Une partie de la doctrine préfère fonder la solution sur la théorie de l'enrichissement sans cause (Fr. GLANDORFF, « L'adage *fraus omnia corrumpit* », op. cit., p. 134; J. KIRKPATRICK, « Les limites du champ d'application du principe *fraus omnia corrumpit* », note sous Cass., 3 mars 2011, *R.C.J.B.*, 2012, p. 28, note 8).

¹⁶⁵ Définie restrictivement comme étant celle de la victime qui a voulu l'accident et ses conséquences.

¹⁶⁶ B. DUBUISSON, « Les causes exonératoires de responsabilité (causes de justification et causes étrangères) – synthèse », http://grerca.univ-rennes1.fr/digitalAssets/267/267955_dubuissongeneve.pdf, p. 8 (dans le cadre des travaux du GRECA).

¹⁶⁷ Cass., 2 mars 2016, *J.T.*, 2017, p. 400.

¹⁵⁹ Cass., 6 décembre 1971, *Pas.*, 1972, I, p. 332; Cass., 21 septembre 1988, *Pas.*, 1989, I, p. 71; Cass., 10 décembre 1999, *R.W.*, 2001-02, p. 1061.

¹⁶⁰ J.-L. FAGNART, « La causalité », op. cit., n° 413 et les références citées; P. VAN OMMESSLAGHE, op. cit., p. 1641. *Contra*: V. CALLEWAERT, « Les présomptions de responsabilité du fait d'autrui: la condition d'altérité et autres actualités », *J.T.*, 2010, pp. 765-767.

¹⁶¹ Cass., 20 juin 2008, *R.G.A.R.*, 2009, n° 14457.

¹⁶² Voy. Th. MALENGREAU, « La responsabilité extracontractuelle du commettant pour le fait de son préposé: jurisprudence récente et réflexions », in *Droit de la responsabilité. Questions choisies*, coll. Commission Université-Palais, vol. 157, Bruxelles, Larcier, 2015, pp. 71-72.

¹⁶³ Cass., 3 mai 1978, *Pas.*, 1978, I, p. 1012.

¹⁶⁴ Dans son arrêt du 6 novembre 2002, « la Cour de cassation se fonde, à juste titre selon nous, sur le principe général du droit *Fraus omnia corrumpit* pour écarter dans ce cas la règle de l'équivalence des conditions qui aurait dû conduire à un partage des responsabilités. L'application de cette règle aurait en effet permis au prévenu d'atteindre, en partie au moins, les objectifs frauduleux qu'il poursuivait » (P. VAN OMMESSLAGHE,

par ricochet, en s'appuyant sur un principe de solidarité familiale¹⁶⁸. La Cour constitutionnelle n'y voit pas de discrimination contraire au principe d'égalité¹⁶⁹. La solution antérieure (absence de partage)¹⁷⁰, empreinte de logique si l'on considère que les victimes par répercussion n'avaient elles-mêmes commis aucune faute, était très critiquée sur le plan de l'équité et du bon sens : elle aboutissait en effet à faire supporter par la victime primaire ou par sa succession une partie du dommage subi par les ayants droit¹⁷¹. Mais la justification ne permet pas d'étendre la solution aux dommages par répercussion subis par des tiers autres que des proches de la victime (ex. son employeur, notamment l'employeur public dans le cadre de la problématique du recours direct). On préférera donc une explication plus générale, tenant au lien de dépendance entre préjudice par répercussion et préjudice direct : « le droit à réparation de la victime par répercussion doit se trouver placé, en raison de la communauté d'origine qu'il partage avec le droit de la victime principale, dans les mêmes conditions juridiques que celui-ci. Il serait en effet anormal qu'un fait qui n'aurait pu fonder un droit à réparation dans le chef de la victime directe le devienne dans le chef de la victime médiate »¹⁷². Ces règles ne s'appliquent par contre pas en cas de dommage *propre* partiellement causé par la faute d'un proche¹⁷³.

Une définition large du préjudice par ricochet se retrouve désormais à l'article 5.175 du projet, dans la section relative au « Dommage ». Il est fait référence tant au « lien de droit » qu'au « lien d'affection suffisamment étroit » qui doit unir la victime directe et la victime par répercussion. L'alinéa 2 confirme l'opposabilité des moyens de défense qui auraient pu être opposés à la victime directe¹⁷⁴.

¹⁶⁸ Cass., 19 décembre 1962, *Pas.*, 1963, p. 491; Cass., 28 juin 2006, *Pas.*, 2006, p. 1534; N. ESTIENNE, « Le préjudice par répercussion en cas de décès ou de blessures », *R.G.A.R.*, 2013, n° 14973. La solution actuelle est inspirée de la théorie des « tiers solidaires » développée par J. DABIN (« Les ayants droit de la victime agissant en réparation de leur dommage personnel peuvent-ils se voir opposer la faute commise par celle-ci ? », *R.C.J.B.*, 1962, p. 168 et « Faute envers soi-même et responsabilité à l'égard des proches », *Ann. Dr.*, 1965, pp. 119 et s.).

¹⁶⁹ C.C., 17 juillet 2014, n° 11/2014.

¹⁷⁰ Cass., 15 juin 1957, *Pas.*, 1957, I, p. 1243; Cass., 15 mai 1961, *Pas.*, 1961, I, pp. 986-988.

¹⁷¹ P. VAN OMMESELAGHE, *op. cit.*, p. 1645, n° 1116.

¹⁷² B. DUBUISSON, « Questions diverses : l'application de la loi dans le temps et dans l'espace, le préjudice par répercussion, la situation du conducteur », in *L'indemnisation des usagers faibles de la route*, coll. Les dossiers du Journal des tribunaux, n° 35, Bruxelles, Larcier, 2002, pp. 157-158.

¹⁷³ Cass., 9 octobre 1990, *Pas.*, 1991, I, p. 135; Cass., 12 avril 1995, *Pas.*, 1995, I, p. 421; Cass., 26 octobre 2004, *Pas.*, 2004, p. 1673. Cette distinction est critiquée par certains, voy. J.-L. FAGNART, « La causalité », *op. cit.*, n° 555 et s.

¹⁷⁴ À propos d'un préjudice par répercussion, on peut se demander comment se résoudra le conflit entre le § 1^{er} de l'article 5.170, qui impose le partage de responsabilité en cas de faute d'une personne dont répond la personne lésée, et le § 4 du même article, selon lequel « La responsabilité n'est ni limitée ni exclue lorsque la personne lésée a moins de douze ans ». Qui doit être regardé comme « la personne lésée » en cas de dommage par répercussion ? En cas de faute commise par un enfant de moins de 12 ans, ayant contribué à son propre dommage, les parents ont-ils droit à la réparation intégrale du préjudice qu'ils subissent par ricochet (arg. tiré

§ 5. L'obligation de limiter son dommage

Il n'existe pas d'obligation générale de limitation du dommage en droit belge¹⁷⁵. Ce constat découle des principes de réparation intégrale et de libre disposition de l'indemnité dans le chef de la victime. Le rôle de cette dernière se mesure donc exclusivement aux critères habituels du bon père de famille, qui ne peut fautivement aggraver son dommage¹⁷⁶. Le principe de la réparation intégrale oblige en effet l'auteur d'une faute à réparer tout le dommage qu'il cause à la victime, et non tout le dommage subi par celle-ci¹⁷⁷. S'il y a aggravation entre la survenance de l'accident et l'indemnisation, il est permis de s'interroger sur l'incidence des causes multiples qui en sont à l'origine. Si la victime n'a pas pris les mesures raisonnables de nature à éviter cette aggravation, le tiers fautif doit être exonéré au moins pour partie des conséquences préjudiciables. Ce qui devrait être exclu, en revanche, c'est d'obliger la personne lésée à prendre des mesures, même raisonnables, pour *réduire* son dommage¹⁷⁸. Celui-ci a été initialement et intégralement causé par le seul responsable, qui ne peut dans ce cas prétendre à un partage.

L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile ne consacre aucune disposition à la question, le devoir de limiter le dommage étant intégré dans le titre relatif au régime général de l'obligation¹⁷⁹. L'article 5.312 y est rédigé comme suit : « Le créancier doit prendre les mesures raisonnables pour *limiter* et *prévenir* les conséquences dommageables de l'inexécution. Les frais raisonnables qui ont été engagés à cet effet peuvent être recouvrés auprès du débiteur. Si le créancier ne prend pas ces mesures, le dommage qui en découle est alors à sa

du § 4), ou bien devront-ils supporter une réduction dans la mesure où la faute de l'enfant a contribué à la survenance du dommage (arg. tiré du § 1^{er}) ?

¹⁷⁵ B. DUBUISSON, V. CALLEWAERT, B. DE CONINCK et G. GATHEM, *op. cit.*, p. 357, n° 424. L'obligation de limiter son dommage est plus ou moins connue à l'étranger, comme dans les droits anglo-saxons, allemand, italien, suisse ou québécois, ou encore dans certains instruments internationaux (ex. art. 77 de la Convention de Vienne sur la vente internationale de marchandises). Sur la question, R.O. DALCO, « L'obligation de réduire le dommage dans la responsabilité quasi délictuelle », *R.G.A.R.*, 1987, n° 11271; B. HANOTIAU, « Régime juridique et portée de l'obligation de modérer le dommage dans le droit de la responsabilité civile contractuelle et extracontractuelle », *R.G.A.R.*, 1987, n° 11289; M. HOUBBEN, « Le devoir pour la victime de minimiser son dommage. Rapport belge », in *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Etudes de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2015, pp. 513-566; D. SIMOENS, « Plicht tot schadebeperking en plicht tot schadebeperking: twee facetten van eenzelfde wetsvoorschrift », *R.G.D.C.*, 2004, p. 425.

¹⁷⁶ Cass., 13 juin 2016, *R.G.D.C.*, 2017, p. 370; Cass., 14 mai 1992, *Pas.*, 1992, p. 798; Cass., 3 octobre 1986, *Pas.*, 1987, p. 118; D. DE CALLATAÏ et N. ESTIENNE, *La responsabilité civile. Chronique de jurisprudence 1996-2007. Vol. 2 : Le dommage*, coll. Les dossiers du J.T., n° 75, Bruxelles, Larcier, 2009, p. 59.

¹⁷⁷ F. LEDUC, « La réparation intégrale du dommage en matière contractuelle et extracontractuelle. Rapport français », in *Le dommage et sa réparation dans la responsabilité contractuelle et extracontractuelle. Etudes de droit comparé*, Bruxelles, Bruylant, 2015, p. 403.

¹⁷⁸ Voy. J.-L. FAGNART, « Le refus de soins », *For. ass.*, 2015, p. 139.

¹⁷⁹ Avant-projet de loi portant création d'un Code civil et y insérant un livre 5 « Les obligations », approuvé en première lecture par le Conseil des ministres le 30 mars 2018, disponible sur <https://justice.belgium.be/fr/bwcc>.

charge»¹⁸⁰. L'article 1263 du projet français présente une formulation davantage en adéquation avec les principes rappelés ci-avant^{181, 182} : «Sauf en cas de dommage corporel, les dommages et intérêts sont réduits lorsque la victime n'a pas pris les mesures sûres et raisonnables, notamment au regard de ses facultés contributives, propres à éviter l'aggravation de son préjudice». En interdisant toute possibilité de réduction en cas de dommage corporel, le projet français s'avère encore plus favorable à la victime, notamment dans l'hypothèse d'un refus de soins, qui est étroitement liée à l'autonomie du patient et au droit subjectif au respect de son intégrité physique¹⁸³. Le débat sur la nature des soins et les mesures propres à réparer le dommage corporel, selon la gravité et les conséquences de ces mesures, est alors relégué au second plan. Il reste néanmoins susceptible de refaire surface sous l'angle de l'abus de droit.

Conclusion

Peut-on encore parler aujourd'hui d'«hégémonie» de l'équivalence des conditions? L'examen de la jurisprudence et de la doctrine laisse percevoir, derrière l'attachement déclaré à cette théorie, un effort important pour mettre des limites à la fameuse régression à l'infini qui découle du test de la condition *sine qua non*. Les développements relatifs à la causalité adéquate et à l'alternative légitime en témoignent. L'avant-projet de réforme de la responsabilité civile traduit cette tendance et peut paraître quelque peu paradoxal. Alors que l'équivalence des conditions est formellement consacrée comme règle directrice de la causalité, le principe est immédiatement tempéré par une possibilité de correction dont on peut se demander si elle ne risque pas, demain, de devenir la règle...

L'introduction du principe de la responsabilité proportionnelle, applicable en cas de perte d'une chance et d'incertitude causale en présence de faits distincts, constitue en revanche une véritable révolution. Au vu de l'élargissement du champ des responsabilités qu'elle implique, on peut se demander si le débat est suffisamment mûr pour que cette solution fasse dès à présent irruption dans notre droit. Les choses seront sans doute plus simples en ce qui

concerne les problèmes de causalité partagée, l'avant-projet de loi portant, sur ce point et dans les grandes lignes, une réforme à droit constant.

Comparé notamment à son voisin français, le projet à l'étude n'est-il pas, finalement, trop détaillé, dans une matière qui n'a cessé jusqu'ici d'évoluer pour s'adapter à la multitude des situations de fait? Peut-être. Mais la causalité est trop importante pour être laissée à l'entière discrétion du juge.

¹⁸⁰ Comp. art. 75 de la loi du 4 avril 2014 relative aux assurances.

¹⁸¹ L'exposé des motifs de l'avant-projet de loi belge insérant le livre 5 précise toutefois bien que la sanction est «que l'accroissement du dommage est supporté par la personne lésée» (p. 357).

¹⁸² Voy. aussi Cass. fr. (2^e ch. civ.), 19 juin 2003, *Rec. Dall.*, 2003, 2326 : «La victime n'est pas tenue de limiter son préjudice dans l'intérêt du responsable»; Cass. fr. (1^{re} ch. civ.), 15 janvier 2015, *For. ass.*, 2015, p. 141.

¹⁸³ Cf. art. 8 de la Convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales; C.E.D.H., 2 juin 2009, *Codarcea c. Roumanie*, n° 31675/04; art. 8, § 4, de la loi du 22 août 2002 relative aux droits du patient.